

La Loi du 18 Février 1938 sur la Capacité de la Femme Mariée

Thèse pour le Doctorat en Droit

Présentée et soutenue le 3 mars 1939, à 14 heures.

PAR

Robert AYNÈS

JURY DE LA THÈSE :

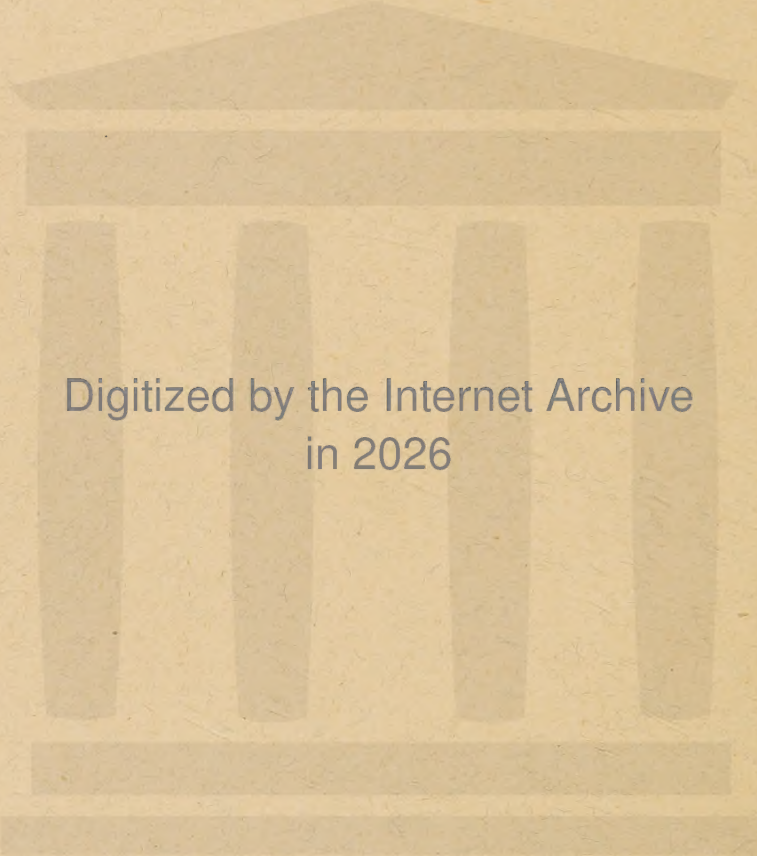
Président : M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Professeur.

Suffragants : M. MOREL, Professeur.

M. ESCARRA, Professeur.

BOURG
IMPRIMERIE BERTHOD

1939



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547527_0082

La Loi du 18 Février 1938
sur la Capacité de la Femme Mariée

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

La Loi du 18 Février 1938 sur la Capacité de la Femme Mariée

Thèse pour le Doctorat en Droit

Présentée et soutenue le 3 mars 1939, à 14 heures.

PAR

Robert AYNÈS

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Professeur.*

Suffragants : M. MOREL, *Professeur.*

M. ESCARRA, *Professeur.*

BOURG
IMPRIMERIE BERTHOD

1939



INTRODUCTION

Une loi, « portant modification des textes du Code Civil relatifs à la capacité de la femme mariée », a été promulguée le 18 février 1938 et publiée au Journal Officiel du 19. Son étude constitue le sujet de cette thèse.

Sur le titre même donné à cette loi, une remarque s'impose. Si l'on examine les différents articles modifiés ou abrogés, on s'aperçoit que le législateur, s'il a effectivement modifié de nombreux textes relatifs à la capacité de la femme mariée, a également supprimé la vieille règle de la puissance maritale (art. 213, anc. C. Civ.) et apporté aux prérogatives conservées au mari, chef de la famille, une réglementation nouvelle (art. 213, 214, 216, nouv. C. Civ.). Il semble donc que le législateur ait confondu dans le terme « capacité », ce qui doit constituer la capacité au sens technique du mot (aptitude à accomplir des actes judiciaires ou extrajudiciaires) et cette indépendance vis-à-vis du mari, cette liberté de conduite plus ou moins complète laissée à la femme. Certes, il y a des rapports entre ces deux notions; on admet généralement que l'incapacité de la femme est une conséquence de la puissance maritale; mais ce sont deux notions distinctes qu'il faut étudier à part : elles forment les deux chapitres de notre étude.

Avant d'entrer dans le détail de la réforme, il nous paraît nécessaire de donner, dans un chapitre préliminaire, un bref aperçu des travaux préparatoires de la loi, de ses motifs et de sa méthode et de mettre en lumière un point qui nous permettra en partie d'apprécier la portée pratique de la réforme : il s'agit de la distinction entre la capacité et le pouvoir. C'est précisément l'histoire des tra-

vaux préparatoires qui nous a conduit à insister sur ce point; il avait été question de rendre à la femme mariée, en même temps que la capacité, les pouvoirs sur ses biens que le régime matrimonial fait passer le plus souvent au mari; la refonte du titre V du Livre III a été provisoirement réservée : elle doit faire l'objet d'une autre loi. Par conséquent, en attendant cette seconde réforme, il peut arriver — et il arrive la plupart du temps — que la femme, désormais capable, reste démunie de pouvoirs; c'est dire qu'elle n'aura pas la possibilité d'exercer sa capacité de principe.

Pour donner une idée aussi exacte que possible de la situation actuelle, nous avons cru bon de faire une large place à cette distinction : elle servira de cadre dans notre second chapitre.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

APERÇU HISTORIQUE; MOTIFS ET MÉTHODE DE LA RÉFORME SON ASPECT PRINCIPAL

SECTION I.

APERÇU HISTORIQUE; MOTIFS ET METHODE DE LA REFORME

§ 1. APERÇU HISTORIQUE DE LA RÉFORME.

Pour répondre aux vœux de plusieurs Associations Féministes et en exécution d'une promesse faite par le Gouvernement au Groupe Féministe de la Chambre, un arrêté du Garde des Sceaux en date du 14 décembre 1925 instituait au Ministère de la Justice, une Commission Extra-parlementaire chargée d'étudier et de préparer un projet de réforme de l'incapacité civile de la femme mariée.

Cette Commission, présidée par M. Paul Matter, alors Avocat Général près la Cour de Cassation, était composée notamment de MM. Capitant, Lévy-Ullmann, Ripert et Julliot de la Morandière, professeurs; de MM. Fleys, Donat-Guigue et Frémicourt, successivement Directeurs des Affaires Civiles et du Sceau; de plusieurs avocates, dont M^e Suzanne Grinberg, et de M. Montigny, député.

Elle a poursuivi ses travaux pendant deux ans. Un

premier rapport a été préparé par M. Julliot de la Morandière et M^e Suzanne Grinberg. Il tendait au maintien de la communauté comme régime matrimonial légal : mais d'importantes transformations étaient apportées à ce régime tel qu'il existait dans le Code Civil. Ce premier rapport ne fut pas retenu et sur la proposition de M. Ripert, la Commission opta pour un régime de séparation de biens avec participation aux acquêts.

Elle remit ses conclusions le 20 mai 1928 sous la forme d'un rapport présenté en son nom par M. Julliot de la Morandière. Ce rapport concluait à la suppression de la puissance maritale, à l'abolition de l'incapacité de la femme mariée et à la refonte du titre V du Livre III du Code Civil.

C'est de ce rapport que s'inspire directement le projet de loi ¹ déposé sur le bureau du Sénat, le 23 juin 1932, par M. René Renoult, alors Garde des Sceaux; ce projet fut renvoyé pour étude à la Commission de Législation Civile et Criminelle et c'est encore M. Renoult, à titre de rapporteur cette fois, qui déposa un rapport ², le 24 juin 1933 (un an et un jour après le dépôt du projet de loi); il y était annoncé que le texte présenté au Sénat ne comportait plus, comme celui du premier projet, la réforme des régimes matrimoniaux laquelle, méritant un examen particulier, était provisoirement écartée et ferait l'objet d'un rapport ultérieur.

Le projet Renoult, ainsi réduit, vint en discussion au Sénat les 3 et 8 décembre 1936 ³ en première lecture et, après modification par la Commission ⁴ pour tenir compte des amendements adoptés en séance, il fut finalement voté à l'issue de la seconde délibération le 19 mars 1937 ⁵.

Déposé enfin sur le bureau de la Chambre, il fut rap-

(1) J. O., Doc. Parl., Sénat 1932, annexe n° 594.

(2) J. O., Doc. Parl., Sénat 1933, annexe n° 404.

(3) J. O., D. P., Sénat 1936, pp. 1.549 et s., 1.563 et s.

(4) V. rapport supplémentaire de M. RENOULT : J. O., Doc. Parl. Sénat 1937, annexe n° 78.

(5) J. O., D. P., Sénat 1937, pp. 346 à 353 et 355 à 362.

porté par M. Delattre le 23 décembre 1937⁶. Le projet sénatorial vint à l'ordre du jour de la Chambre le 10 février 1938 et fut adopté sans débat. La loi fut promulguée le 18 février 1938.

Signalons enfin deux documents ayant trait à l'application de notre loi et qui complètent son histoire parlementaire.

Un décret du 8 mai 1938 (J. O. du 13 mai 1938, p. 5.417) en a étendu l'application aux colonies autres que les Antilles et la Réunion, aux pays de protectorat et pays sous mandat relevant du Ministère des Colonies.

Une circulaire en date du 21 février 1938⁷, adressée par le Garde des Sceaux aux Procureurs Généraux, indique que les officiers publics, lors de la célébration des mariages, ne devront plus lire les textes du Code Civil, mais ceux de la loi du 18 février 1938.

Les nouveaux arts 213 et 214 C. Civ. sont beaucoup plus longs et leur lecture est assez peu flatteuse puisqu'il y est question de mari condamné à une peine criminelle, de procédure de saisie-arrest, de recours devant les tribunaux.

L'art 214 comporte une référence aux art. 1537 et 1575. La lecture de ces deux articles doit-elle être aussi faite ? Nous ne le croyons pas : pourtant il est possible que certains maires scrupuleux y procèdent : nous l'avons constaté dans une commune rurale, le 13 septembre 1938.

Tel est l'ensemble des documents législatifs d'où est résultée la réforme que nous étudions. Mais en marge de l'histoire parlementaire proprement dite, il faut signaler les importants travaux auxquels se sont livrés la Société d'Etudes législatives⁸ et l'Institut de Droit Comparé⁹.

Le projet de M. Renoult a été étudié longuement et les

(6) J. O., Doc. Parl. Chambre 1937, annexe n° 3.331.

(7) J. O., 22 fév. 38, p. 2.148; V. également projet de loi du 29 mars 1938 (Doc. Parl., Ch. 1938, annexe n° 3.897), réduisant la lecture du maire aux art. 212, 213, al. 1, 214, al. 1 et 2, C. Civ.

(8) V. Rapport de M. A. ROUAST; Bull. Sté d'Et. Lég., 1934, p. 81 et s.; discussion du projet, Bull. 1935, p. 30 et s.

(9) V. Annales de l'Institut de Droit Comparé, 1934, p. 145 et s.

diverses modifications suggérées par ces Savantes Sociétés ont parfois été retenues par le Parlement.

Aucune disposition n'a trait à l'application de cette loi dans le temps. Mais il est admis que les lois touchant la capacité s'appliquent même si la cause de l'incapacité est antérieure à elles¹⁰. Il semble donc bien que notre loi doit s'appliquer sans distinction à toutes les femmes mariées, que la date de leur mariage soit antérieure ou postérieure au 18 février 1938.

Cette rétroactivité avait d'ailleurs été prévue par l'art. 11 de la loi du 13 juillet 1907, loi accordant aussi à la femme une certaine capacité et l'on peut, sans doute à bon droit, donner ici la même solution, puisque les cas sont analogues.

Quant à l'application dans l'espace, nous ne pouvons faute de place, donner de longs développements; indiquons seulement une décision du Tribunal de Casablanca du 23 août 1938, parue tout récemment¹¹; il y est dit que, d'après l'art. 1 du dahir sur la condition civile des Français et des étrangers au Maroc, les lois touchant les droits privés sont applicables aux Français habitant le Protectorat et notre loi, cela ne fait aucun doute, doit être considérée comme touchant au statut personnel.

§ 2. LES MOTIFS DE LA RÉFORME.

Nous les trouvons dans l'Exposé des Motifs¹² qui accompagna le dépôt du projet de loi.

A. Corriger une erreur historique, tel est le premier but du projet. L'incapacité de la femme mariée, telle qu'elle a été consacrée par le Code Civil, proviendrait d'une fausse interprétation des textes romains.

Nous allons donner un bref aperçu des sources en la matière.

(10) V. COLIN et CAPITANT, i. 1, n° 45, p. 55. Cf. Esmein G. P. 1938. 1. 39.

(11) La loi, 6 janv. 1939. Cf. art. 3 al. 3 C. Civ..

(12) J. O., Doc. Parl., Sénat 1932, annexe n° 594.

1° Dans les coutumes germaniques, qui ont imprimé leur influence sur celles des pays du Nord de la France, la femme, en raison de sa faiblesse physique, ou plus exactement de la nécessité de se défendre par les armes, se trouve sous la puissance absolue de l'homme, puissance entraînant une incapacité totale.

Cette conception de la condition de la femme était justifiée par l'état social; elle s'est conservée dans notre ancien droit en s'atténuant à mesure que les luttes intestines se raréfiaient¹³ : elle est aujourd'hui insoutenable.

2° A Rome, il existait deux formes de mariage. Dans le mariage *cum manu*, pratiqué jusque sous le Haut-Empire, la femme est *loco filiae* (si son mari est *sui juris*) ou *loco neptis* (s'il est *alieni juris*). Qu'elle soit sous la puissance de son mari ou du père de ce dernier, sa situation est la même : la *manus* étant aussi étendue que la *patria potestas*, la femme n'a aucune indépendance et aucune capacité.

Au contraire, le mariage *sine manu* n'amène aucun changement dans la capacité de la femme : si elle était *alieni juris*, elle reste sous la potestas de son *paterfamilias* : si elle était *sui juris*, elle n'en reste pas moins incapable comme toute femme en raison de l'*imbecillitas* ou *fragilitas sexus*. Cette incapacité générale obligeait la femme à demander l'*auctoritas* de son tuteur. Mais la pratique avait tourné la difficulté : elle admettait que le tuteur pouvait être contraint à donner son autorisation ou même que la femme pouvait, par le simulacre de la *coemptio* fiduciaire, se procurer un tuteur de complaisance. Bref, on peut conclure avec MM. Collinet et Giffard¹⁴ que « pratiquement, à l'époque classique la femme *sui juris* qui se marie *cum manu est*, en principe, capable ».

Mais si la pratique avait ainsi réussi à rendre inef-

(13) V. « Les origines de l'autorité maritale sur la personne de la femme », par M. Rémi LEMERLE, thèse Reims, 1909.

(14) Précis de Droit Romain, Ed. 1930, t. 1^{er}, p. 216.

ficaces les mesures qui protégeaient la femme contre les tiers, il est assez vite apparu qu'il fallait la protéger contre elle-même. Et c'est dans ce domaine que nous allons trouver une des sources que l'on s'accorde à reconnaître à l'incapacité de la femme mariée en France avant cette année 1938.

Des édits d'Auguste et de Claude ont interdit à la femme de cautionner son mari en s'engageant à côté de lui sans y avoir d'intérêt personnel. Le but de cette interdiction était d'empêcher que l'affection dont le mari pouvait être l'objet pour sa femme ne soit exploitée par lui, et qu'elle ne l'amène à prendre un engagement dont elle ne peut prévoir, lorsqu'elle y consent, la portée exacte et les répercussions sur ses biens personnels.

Cette interdiction fut étendue par un *senatus-consulte* extrêmement célèbre et appelé « velleien » à toutes les femmes et à toutes espèces d'*intercessio*. C'est ce *senatus-consulte* qui survécut dans notre droit jusqu'en 1604, date à laquelle un édit d'Henri IV l'abolit. Un tempéramment d'ailleurs était venu restreindre la portée de cette incapacité : la femme mariée pouvait renoncer à la protection du s.-c. velleien et l'on pense bien qu'il était dès lors facile au mari de jouer de l'affection conjugale pour obtenir et l'intervention de sa femme à ses côtés et sa renonciation à invoquer l'exception du s.-c. lorsque le tiers se retournerait vers elle.

Pour nous résumer sur les sources de notre droit sur la question, nous pouvons dire : le vieux droit germanique, dont on retrouve l'influence dans les coutumes du Nord de la France, reconnaissait la puissance maritale avec sa conséquence la plus importante, l'incapacité de la femme, comme une nécessité d'ordre social : le fondement de l'incapacité se trouve dans l'idée de cohésion familiale, la nécessité d'un chef de famille.

En droit romain, la femme était capable sauf qu'elle ne pouvait s'engager pour son mari : elle était réputée faible, non pas en général, mais vis-à-vis de son mari :

c'est contre des engagements en faveur de son mari qu'il fallait la protéger.

Au XVI^e siècle, l'étude du droit romain fut de nouveau en faveur dans les écoles de droit et les jurisconsultes ont invoqué le motif qui avait inspiré le s.-c. velleien — l'« *imbecillitas sexus* » — pour justifier le maintien de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme.

Si par conséquent, — apparaît alors le premier motif de la réforme — l'incapacité de la femme mariée, telle qu'elle était consacrée par le Code Civil, n'a pas sa source dans le droit romain et son fondement dans la « *fragilitas sexus* », elle peut être supprimée, elle doit l'être même et la cohésion familiale qui, dans les sociétés actuelles, doit être plutôt une cohésion morale qu'une cohésion matérielle pourra être obtenue autrement que par la sujétion de la femme à son mari, sujétion qui n'est plus légitimée par l'état social. Il suffira de reconnaître un chef à la famille, ayant des pouvoirs limités et contrôlés. C'est ce qu'a fait la loi de 1938 : supprimer toute idée de sujétion, mais respecter la cohésion familiale, effacer en somme, une erreur d'interprétation des textes romains.

B. Tenir compte de l'évolution sociale de nos mœurs, tel semble bien le second motif de la réforme.

Sans peut-être aller jusqu'à dire, comme le fait l'Exposé des Motifs, qu'aujourd'hui « *la femme a acquis une situation égale à celle de l'homme* », on est bien obligé de reconnaître que, dans presque tous les domaines de l'activité nationale, l'homme et la femme sont susceptibles de remplir les mêmes rôles.

C'est peut être dans celui des professions libérales et des carrières administratives que la concurrence féminine se fait le plus sentir. Déjà, dans les Facultés et Ecoles où l'on prépare à ces carrières, le nombre des femmes se trouve souvent voisin de celui des hommes. Munies de leurs diplômes universitaires, c'est dans la vie que l'on retrouve de plus en plus nombreuses les femmes exerçant les professions d'avocat, de docteur, de professeur de collège

ou lycée ou même de faculté, chefs de bureau ou de service dans les administrations. Il semble que l'Armée est une des rares carrières où les femmes ne peuvent encore accéder. Mais il n'est pas sot d'envisager la question. Sans parler des amazones de l'antiquité, bien plus près de nous, nous croyons savoir qu'en Albanie existent des bataillons féminins : et dans une carrière voisine de l'Armée, dans la police, les femmes ont fait déjà leur entrée.

Si l'Armée est encore fermée aux femmes, c'est que cette carrière ne nécessite pas uniquement des facultés intellectuelles, mais encore une certaine force physique qui, en général, manque aux femmes : si les carrières libérales se montrent si attirantes pour les femmes, c'est sans doute qu'elle font plus appel aux forces de l'esprit qu'à celles du corps : *« il est possible, il est même certain qu'au point de vue physique les femmes ne sont pas aussi fortes que les hommes, mais intellectuellement et moralement, elles peuvent être considérées comme aussi capables que les hommes de diriger leurs affaires. »* (Cours de M. Julliot de la Morandière, 1930-1931, 1^{re} année, p. 543).

Dans le domaine des professions commerciales, dans le monde ouvrier, agricole, artisanal, les femmes ont aussi vu leur rôle grandir. Il semble pourtant qu'il y ait plus souvent dans ces métiers collaboration que profession séparée. La division du travail joue entre époux : c'est très net pour le commerce et l'agriculture et même l'artisanat.

Mais les circonstances ont pu empêcher cette collaboration des époux et on voit des femmes mariées, à la tête d'entreprises diverses. Il est juste, semble-t-il, d'accorder la capacité aux femmes qui dirigent ces entreprises autant qu'à celles qui ont embrassé une carrière libérale.

Pour les femmes ouvrières ou employées (secrétaires, dactylos, etc...) il semble que le problème se pose sur un plan légèrement différent. Ce n'est pas le plus souvent la puissance maritale et leur incapacité qui les gênaient, c'était plutôt le désaisissement de leurs gains et économies. On sait qu'une loi du 13 juillet 1907 avait sur ce point ren-

du à la femme le droit de percevoir son salaire et de faire, sur ses « biens réservés » des actes très nombreux. Cette loi, libérale, n'a pas donné les résultats qu'on était en droit d'escompter (Cf. ci-dessous, chapitre II, section IV).

Le problème se trouve ainsi posé par les faits. De nombreuses femmes, des femmes de plus en plus nombreuses occupent dans la société les mêmes places que les hommes : or la situation de la femme au point de vue des droits civils correspondait peut-être encore à l'état de la société au début du XIX^e siècle où la plupart des femmes s'occupaient encore seulement de leurs ménages : aujourd'hui *« la femme joue de plus en plus dans la famille un rôle sinon identique du moins analogue à celui de l'homme, on ne comprend plus que juridiquement elle lui demeure subordonnée »* (dit l'Exposé des Motifs déjà cité).

Est-il exact de dire que le rôle grandissant de la femme n'a pas préoccupé le législateur avant l'année 1925 ? non, assurément. Nous savons que le Code lui même organise un régime matrimonial assez libéral pour la femme (la séparation de biens). D'autres lois ont été faites en faveur de la femme. Les plus importantes sont sans doute celle du 6 février 1893 (capacité de la femme séparée de corps) et celle du 13 juillet 1907 (capacité et pouvoirs de la femme ayant une profession séparée).

C. Mais nous verrons précisément — et c'est encore un motif de la réforme invoqué par M. Renoult — que si le régime de séparation de biens et la loi du 13 juillet 1907 n'ont pas amélioré la condition de la femme autant qu'on pouvait l'espérer, c'est justement parce que notre Code avait fait de l'incapacité de la femme mariée un principe général et que **ces lois se heurtaient à ce principe général d'incapacité**. Toutes ces questions seront reprises à leur place. Nous nous contentons de signaler ici qu'elles ont été invoquées pour justifier la réforme proposée.

D. Enfin l'Exposé des Motifs signale qu'à l'heure actuelle la France seule — et peut-être le Portugal — re-

connaissent l'incapacité de la femme mariée¹⁵. Ce fait n'est peut-être pas un argument décisif : mais c'est en tous cas l'indication d'une tendance certaine, d'un **mouvement incontestable vers l'indépendance de la femme et l'égalité juridique des époux**.

Ces motifs ont conduit le Gouvernement à faire préparer une réforme : quelle a été la méthode choisie et suivie par la Commission de la Chancellerie ?

§ 3. LA MÉTHODE DE LA RÉFORME.

« D'abord, elle a procédé à une affirmation du principe même de la capacité civile, sous la seule réserve de restrictions très limitées et extrêmement peu nombreuses.

« En second lieu la méthode suivie a amené la commission à effacer des articles du Code un certain nombre de dispositions qui édictaient la subordination de la femme à l'autorité maritale. Il est vrai de dire que la capacité que nous voulons donner à la femme résultera essentiellement de l'abandon de son incapacité. » (J. O., D. P., Sénat 1937, p. 346).

Enfin dans son rapport supplémentaire¹⁶, M. Renoult indique que dans un second texte de loi qui fera l'objet d'un rapport ultérieur, le Sénat sera saisi des dispositions comportant le rajustement des divers régimes matrimoniaux conformément au principe nouveau.

Ce sont là, croyons-nous, les 3 caractères principaux de la méthode employée.

1° **L'affirmation du principe**. Elle n'était pas indispensable puisque la capacité est la règle et l'incapacité l'exception. Il n'est pas d'ailleurs sûr qu'il y ait un véritable renversement de principe : certains auteurs admettent que

(15) V. M. ANCEL : « La condition de la femme mariée dans la société contemporaine » Paris 1938, et R. NILLUS : « Capacité et pouvoirs de la femme mariée en Allemagne et en France », thèse, Paris 1937.

(16) J. O., Doc. Parl., Sénat 1937, Annexe n° 78.

la femme mariée avait une demi-capacité de principe (V. ci-dessous ch. II, section I, § 1).

Dans un cas comme dans l'autre, qu'il y ait remplacement de l'incapacité par la capacité ou remplacement de la demi-capacité par la capacité entière, les exceptions sont tellement importantes que cette affirmation présente plutôt un caractère théorique.

2° **La modification, par voie de conséquence, de nombreuses dispositions.**

Le procédé paraît excellent; il ne devrait plus se présenter de difficulté d'interprétation : on devrait être sûr que tout texte non abrogé est maintenu, bien qu'il soit contraire au principe nouveau. Seulement, l'emploi de cette méthode nécessite un examen minutieux de tous les textes législatifs, il faut d'une part, n'oublier aucune disposition qui soit contraire au principe, d'autre part ne modifier aucun texte qui ne soit pas contraire au principe. Il y a là un travail très délicat : souvent le législateur pour s'en dispenser se contente d'abroger tacitement tous les textes contraires à la règle nouvelle. Il peut y avoir alors des difficultés d'interprétation, mais il vaut sûrement mieux être ainsi embarrassé que se heurter à une formule comme celle de l'art. 215 C. Civ. La capacité existe sauf exceptions résultant de limitations légales. Dès lors tous les textes non abrogés sont-ils encore en vigueur ? on doit l'admettre, en général, mais on aboutit souvent à des incohérences ¹⁷ : nous le verrons dans les prochains chapitres.

3° En plus de certaines limitations légales, d'autres **exceptions au principe nouveau** peuvent résulter du **régime matrimonial** adopté. En effet la femme séparée n'est qu'à demi-capable : de plus le régime matrimonial donne très souvent au mari des **pouvoirs sur les biens de sa femme** : cette distinction entre la capacité et le pouvoir est l'objet de la section suivante.

(17) V. sur la méthode de la réforme : M. ANCEL, « Traité de la capacité civile de la femme mariée », Paris, 1938, p. 38 et s.

SECTION II

ASPECT PRINCIPAL DE LA REFORME

Avant même de connaître cette réforme dans le détail, et après une simple lecture de la loi du 18 février 1938, on peut se demander, par exemple, quelle sera désormais la condition de la femme sous la communauté légale, régime de la plupart des ménages français.

Au point de vue du gouvernement de sa personne, elle ne doit plus obéissance à son mari, du moins cela n'est plus dit dans l'art. 213, mais elle doit néanmoins se soumettre à sa décision dans certains cas.

Au point de vue de son patrimoine, elle a reçu « *le plein exercice de sa capacité civile* », mais le mari administre ses biens propres (art. 1428 C. Civ.); la jouissance de ses biens appartient à la communauté (art. 1401, 2^e C. Civ.) sur laquelle le mari a des pouvoirs d'administration et de disposition (art. 1421 C. Civ.).

Supposons que la femme vende un de ses immeubles sans autorisation : l'acte est valable au point de vue capacité, mais il n'est pas opposable au mari, administrateur légal de ce bien et usufruitier pour le compte de la communauté; l'acte vaudra seulement comme aliénation de nue-propriété. C'est qu'en effet pour vendre un bien, il faut avoir la capacité de faire un acte de disposition et le pouvoir de disposer de ce bien.

Comment peut-on distinguer ces deux expressions *capacité* et *pouvoir*, dont le sens est voisin¹ et qui sont souvent employées l'une pour l'autre ?

MM. Planiol et Ripert² établissent ainsi la distinction : « *la capacité est l'aptitude à agir valablement pour soi-même; le pouvoir est la puissance d'agir sur le patrimoine d'autrui* ».

(1) V. Renée NILLUS, thèse Paris 1937. « *Capacité et pouvoirs de la femme mariée.* » Cf. M. ANCEL, op. cit., n^o 61.

(2) Traité élémentaire de Droit Civil., t. 1, n^o 1611, p. 537 et s.

Au sujet de cette définition, nous nous permettrons de faire l'observation suivante : le criterium, d'après ces auteurs, serait celui-ci : on a un pouvoir lorsqu'on n'est pas propriétaire ; si on est propriétaire, on a la capacité. Mais si tel est sûrement le cas général, si normalement le propriétaire peut disposer de son bien, c'est parce qu'il a à la fois la capacité d'aliéner et le pouvoir de disposer. Ces deux qualités sont confondues sur la même personne, mais elles existent toutes deux. La preuve, c'est que le pouvoir peut faire défaut au propriétaire capable : vous avez votre permis de conduire : capacité ; votre auto est sous séquestre : pas de pouvoir. Il en est de même s'il s'agit d'un acte juridique : la femme dotale autorisée est capable d'aliéner un immeuble dotal : mais elle n'a pas le pouvoir de le faire (réserve faite des discussions sur la nature de l'inaliénabilité dotale).

Pour qu'un acte soit valable et produise effet, il faut que son auteur réunisse deux conditions : la capacité ou aptitude à faire un acte valable, condition de validité ; le pouvoir ou droit de disposer du bien, condition d'exécution de l'acte. En réalité, il faut distinguer suivant qu'apparaissent une seule ou deux personnes.

A. Une seule personne apparaît dans l'opération. — Elle peut remplir les deux conditions indiquées plus haut. C'est même le cas le plus fréquent : il est normal que l'on ait le pouvoir de disposer d'un bien par un acte que l'on a la capacité de faire.

Néanmoins, ces deux conditions peuvent être séparées l'une de l'autre et la personne qui agit peut n'en remplir qu'une.

a) **CAPACITÉ SANS POUVOIR.** — Les causes qui peuvent priver une personne de pouvoir sur ses propres biens peuvent se ramener à deux : la loi et la convention.

a) *La convention.* — Par exemple, dans une société, tous les associés majeurs ont la capacité d'être gérants, de faire

des actes de gestion; mais seul le gérant, nommé par les statuts ou par un acte postérieur, a pouvoir de les faire. On pourrait considérer aussi que la femme séparée de biens qui a donné à son mari mandat d'administrer sa fortune a perdu le pouvoir tout en conservant la capacité d'administrer (art. 1536, C. Civ.).

Mais le fait que le mandat peut être révoqué sans forme, même tacitement empêche de parler ainsi : elle n'a pas perdu le pouvoir d'administrer, puisqu'un acte d'administration de sa part sera valable et entraînera révocation du mandat donné au mari.

β) *La loi.* — Depuis la loi de 1938, la femme mariée sans contrat est capable; mais c'est le mari qui a les pouvoirs (art. 1421 et 1428 C. Civ.).

b) **POUVOIR SANS CAPACITÉ.** — La femme séparée de biens est incapable d'aliéner son immeuble (art. 1.149 C. Civ.); pourtant, elle a bien pouvoir de le faire puisqu'après avoir été relevée de son incapacité par une autorisation, c'est elle, et non pas son mari, qui aliénera.

Il est peut-être paradoxal de dire — comme nous venons de le faire — que la femme séparée de biens a le pouvoir d'aliéner son immeuble, alors que la loi dit précisément qu'elle « ne peut » le faire. Mais il faut observer que s'il est vrai *qu'elle ne peut pas* aliéner son immeuble, *personne ne peut l'aliéner à sa place* et c'est bien elle, en définitive, qui a ce pouvoir.

Cette distinction qui n'est pas faite dans la loi³ ni dans les ouvrages de nombreux auteurs est peut-être critiquable si on lui attribue la valeur d'un principe absolu. Pour nous, nous l'avons mise en lumière parce que nous nous en servons comme d'un procédé pratique pour l'étude de la condition de la femme mariée. Son utilité se manifestait lorsque l'on voulait comprendre pourquoi une femme autorisée de justice — donc relevée de son incapacité — ne

(3) Elle est faite très nettement dans un jugement récent : Seine, 17 nov. 1938 : G. T. 11-13 déc. 1938; adde : Seine, 1^{er} déc. 1938 : G. P. 31 janv. 39.

pouvait pas — sauf art. 1427 C. Civ. — engager la communauté. Cette utilité nous a semblé renforcée depuis la loi du 18 février 1938 puisque désormais, en principe, la femme mariée n'a plus besoin d'être relevée de son incapacité : nous verrons d'ailleurs que ce principe comporte d'importantes exceptions.

Il importe de remarquer en outre que cette distinction a été souvent inutile parce que l'octroi par la loi de certains pouvoirs a entraîné la reconnaissance de la capacité pour les exercer. Considérons la loi du 13 juillet 1907 avant la loi du 18 février 1938; lorsque par exception la femme possédait certains pouvoirs sur certains biens communs, il fallait décider qu'elle recevait en outre et en même temps la capacité pour exercer ses pouvoirs en accomplissant certains actes. Cette capacité limitée résultait de plus de l'art. 1^{er}, al. 5, de la loi aujourd'hui abrogé : la validité des actes de la femme était soumise à la seule justification de l'exercice par elle d'une profession séparée.

B. Si l'acte fait apparaître deux personnes, alors, mais alors seulement on est en droit de qualifier le pouvoir « puissance d'agir sur le patrimoine d'autrui ».

En général, il s'agit des règles de la représentation juridique et dans ces cas-là, bien que l'acte fasse apparaître deux personnes, la loi estime que ses effets se produisent dans la personne du représenté et non dans celle du représentant.

Mais on peut avoir aussi puissance sur le patrimoine d'autrui sans qu'il y ait représentation juridique : cela se produit en cas de démembrement du droit de propriété : par exemple, l'usufruitier a seul le pouvoir d'administrer. En réalité d'ailleurs, ce n'est peut-être pas exactement une puissance sur le patrimoine d'autrui : l'usufruit fait partie du patrimoine de l'usufruitier et la chose soumise à l'usufruit est dans la mesure de son droit la chose de l'usufruitier.

Cette puissance sur le patrimoine d'autrui peut avoir

son origine soit dans la *loi* (administration des biens propres de la femme commune, des biens dotaux confiée au mari; administration des biens réservés confiée à la femme) soit dans une *convention expresse* (toute procuration donnée par la femme à son mari d'administrer ses biens par exemple, art. 1577 C. Civ.) ou *tacite* (mandat domestique de la femme lui donnant pouvoir sur la communauté et le mari).

Elle peut être *plus ou moins étendue* : en effet la femme commune en biens peut se réserver par contrat de mariage l'administration et la jouissance de certains de ses biens propres, ce qui limite d'autant les pouvoirs du mari; de même la jurisprudence reconnaît des limites au mandat domestique ⁴.

En réalité, les pouvoirs du mari sur les biens de la femme sont demeurés ce qu'ils étaient, c'est-à-dire très étendus. Et puisqu'une capacité sans pouvoirs paraît être un avantage théorique, une amélioration de principe, puisque le législateur n'a pas augmenté les pouvoirs de la femme, est-ce que la loi du 18 février 1938, dont c'est là, croyons-nous, l'aspect principal, apportera un changement appréciable dans la condition de la femme mariée, ou bien constitue-t-elle seulement une « réforme de portée surtout sentimentale » ⁵ ? Nous essayerons de répondre à cette question lorsque nous aurons fait l'étude de cette loi dans les deux chapitres suivants.

(4) V. LECOMTE. « Le mandat domestique de la femme mariée ». *Revue Crit.*, 1937.

(5) V. ESMEIN, *G. P.*, 7 mars 1938.

CHAPITRE PREMIER

LA SUPPRESSION DE LA PUISSANCE MARITALE

Si le devoir général d'obéissance que l'article 213, C. Civ. imposait à la femme n'existe plus depuis la loi du 18 février 1938, le mari reste néanmoins « chef de la famille » (art. 213, nouv.) et jouit, en cette qualité, d'une certaine autorité dont il convient de fixer les limites. Pour cela, nous devons, dans une première section, distinguer parmi les conséquences de l'ancienne puissance maritale, celles qui doivent être considérées comme disparues, parce qu'elles supposaient l'obéissance absolue de la femme, et celles qui sont compatibles avec le principe nouveau de liberté relative pour la femme, parce qu'elles supposent un simple pouvoir de décision du mari sous le contrôle de la justice.

Les deux plus importantes de ces conséquences, d'ailleurs, ont été respectées et se trouvent consacrées dans des textes précis : c'est d'abord le droit de fixer la résidence du ménage (art. 213) ; c'est ensuite le droit de s'opposer « à ce que la femme exerce une profession séparée » (art. 216) ¹. Ces deux prérogatives feront l'objet respectivement des sections II et III.

La section IV enfin sera consacrée à l'étude du nouvel

(1) Avant la loi du 18 février 1938, ce droit de contrôle du mari ne s'exerçait pas sous la forme d'une opposition, mais la femme avait besoin d'obtenir son consentement (Cf. Section III).

article 214. A dire vrai, l'obligation d'entretien à la charge du mari, qui s'y trouve contenue, ne saurait être rangée parmi les prérogatives de la puissance maritale sans une justification préalable.

L'article 214 est en relation directe avec les articles 203 et 212 lesquels édictent, le premier l'obligation pour les deux époux de « nourrir, entretenir et élever leurs enfants », le second l'obligation réciproque « de fidélité, secours et assistance ». Pourquoi le mari est-il chargé seul de l'exécution de ces obligations, pourtant réciproques, sous réserve de la contribution due par la femme dans certains cas ? c'est que les dépenses d'entretien sont normalement prises sur les revenus et que toutes les fois qu'il y a communauté, c'est-à-dire dans l'immense majorité des cas, le mari a seul la disposition de tous les revenus du ménage. La loi a basé sur le cas le plus fréquent dans les ménages — concentration de tous les revenus entre les mains du mari — la règle générale du devoir d'entretien du mari.

Ces droits qui « appartiennent au mari comme chef » (art. 1388) sont bien une des prérogatives de la puissance maritale; mais la loi du 18 février 1938 n'a rien changé aux régimes matrimoniaux et comme cette prérogative s'applique aux biens, il ne nous paraît pas nécessaire d'en parler plus longuement ici. Elle appartiendra désormais au mari « chef de famille » et cette section sera limitée à l'étude de l'obligation d'entretien du mari, à l'exclusion de ses droits sur les biens, dont elle est la contre-partie.

D'autres prérogatives de la puissance maritale ne seront pas non plus étudiées dans ce chapitre parce que rien n'a été changé en ce qui les touchait.

Nous ne parlerons pas du nom. En vertu d'un usage communément répandu en France, les femmes mariées sont désignées par le nom et même aussi par le prénom de leur mari. Cet usage est d'ailleurs implicitement reconnu par la loi puisque « par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom » (Loi du 6 fé-

vrier 1893 modifiant l'article 299 C. Civ.) et que « le jugement qui prononce la séparation de corps ou un jugement postérieur peut interdire à la femme de porter le nom de son mari ou l'autoriser à ne pas le porter... » (art. 311 C. Civ. modifié par la Loi du 6 février 1893). Deux observations doivent être faites à ce sujet : elles se complètent l'une l'autre :

1° Il est permis au mari de joindre à son nom celui de sa femme (argument art. 311 alinéa 1 in fine). Mais il ne peut abandonner son nom : il ne peut que *joindre* à son nom celui de sa femme : il n'y a pas modification de son état civil.

2° La femme, elle non plus, *ne change pas d'état civil*. Dans les pièces et les actes officiels, elle doit toujours être désignée par son nom de jeune fille, suivi de la mention « dame X... », « épouse X... », ou « femme X... ».

Au contraire, une modification se produit dans l'état civil de la femme par le fait de son mariage lorsqu'elle fait usage de la faculté d'option que lui donne la loi du 10 août 1927. Cette loi a été modifiée tout récemment par un décret-loi du 12 novembre 1938.

Dans le texte primitif de la loi, la femme étrangère devenait française soit sur sa demande, soit automatiquement si sa propre loi nationale lui faisait suivre nécessairement la condition de son mari. Dans un but de surveillance des naturalisations le gouvernement a supprimé, par le décret-loi cité, l'acquisition automatique de la nationalité française. Désormais pour devenir française, l'étrangère devra souscrire une déclaration avant la célébration de son mariage et cette déclaration n'aura effet que six mois après la célébration (art. 8 nouveau al. 1 et 2).

En outre certaines femmes ne peuvent devenir françaises par ce procédé (art. 8, al. 3).

Enfin ce décret-loi a dédoublé l'ancien art. 8 de la loi de 1927 et s'occupe à part, dans un art. 8 bis, de la situation inverse : la femme française ne perd sa nationalité que par déclaration expresse antérieure à la célébra-

tion du mariage. Il n'y a donc plus de perte automatique de la nationalité française, même si les époux fixent leur première résidence hors de France.

Signalons, pour terminer, une Circulaire Ministérielle adressée par le Garde des Sceaux aux Procureurs Généraux² pour les inviter à mettre les officiers d'état-civil au courant des dispositions de la nouvelle législation; ces derniers doivent notamment avertir la femme qu'elle peut faire une déclaration et doit la faire avant la célébration de son mariage.

Les modalités du changement de nationalité se trouvent donc modifiées, mais il reste vrai que la loi du 18 février 1938, pas plus que le décret-loi du 12 novembre 1938, n'a modifié le principe : la femme peut changer de nationalité en se mariant.

La loi du 18 février 1938 qui n'avait pas modifié la loi du 10 août 1927 art. 8, pas plus qu'elle n'a changé quelque chose à l'usage relatif au nom, n'a pas davantage modifié l'art. 373 C. Civ. où l'on trouve cette autre prérogative du mari : durant le mariage, c'est le père seul qui exerce la puissance paternelle sur les enfants communs (réserve faite pour le droit de consentir au mariage, art. 148, al. 1 C. Civ., texte de la loi du 17 juillet 1927).

Le cadre de ce chapitre se trouvant tracé, nous pouvons passer aux 4 sections qui le composent :

Section I. — L'abolition du devoir général d'obéissance; la qualité de chef de la famille.

Section II. — Le choix, par le mari, de la résidence du ménage.

Section III. — L'opposition du mari à l'exercice par la femme d'une profession séparée.

Section IV. — L'obligation d'entretien à la charge du mari.

(2) V. cette circulaire G. P., 31 décembre 1938.

SECTION I.

L'ABOLITION DU DEVOIR GENERAL D'OBEISSANCE; LA QUALITE DE CHEF DE LA FAMILLE.

La loi du 18 février 1938 a remplacé l'article 213 qui était ainsi conçu :

« Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. », par le texte suivant :

« Le mari, chef de la famille, a le choix de la résidence du ménage; la femme est obligée d'habiter avec son mari, celui-ci est tenu de la recevoir.

« Un droit de recours au tribunal, statuant en chambre du conseil, le mari dûment appelé et le ministère public entendu, est ouvert à la femme contre une fixation abusive de la résidence du ménage par le mari.

« La qualité de chef de famille cesse d'exister au profit du mari : 1° dans le cas d'absence, d'interdiction, d'impossibilité pour le mari de manifester sa volonté et de séparation de corps; 2° lorsqu'il est condamné, même par contumace, à une peine criminelle, pendant la durée de sa peine. »

Nous laisserons de côté, pour le moment, tout ce qui concerne le choix de la résidence commune et qui fera l'objet d'une section spéciale. Nous allons examiner dans deux paragraphes : les conséquences du devoir général d'obéissance, disparues aujourd'hui avec leur fondement; puis la qualité de chef de famille et sa portée.

§ I. LES CONSÉQUENCES DU DEVOIR GÉNÉRAL D'OBEISSANCE QUI ONT DISPARU.

Elles étaient multiples, on le conçoit sans peine. On pouvait dire, en règle générale, que la femme devait obéir toutes les fois que son mari lui donnait un ordre dans quelque domaine que ce soit, réserve faite de quelques

exceptions (par exemple, il était admis que le mari devait respecter la liberté de conscience de sa femme et aussi qu'il ne pouvait, sans raison valable, l'empêcher de voir ses proches parents...). Et le devoir de protection dû à la femme apportait certaines limites aux droits du mari.

La tâche apparaît malaisée de cataloguer ou même d'énumérer simplement les cas innombrables dans lesquels pouvait se manifester ce devoir d'obéissance et dans lesquels la femme est, depuis la nouvelle loi, indépendante vis-à-vis de son mari. Il ne peut être donné que quelques exemples.

Pourtant, M. Esmein ³ a réussi à répartir les principales conséquences de la suppression du devoir d'obéissance en quatre catégories et nous allons reprendre sa classification.

A. — La femme devient entièrement libre pour tout ce qui ne touche qu'elle même personnellement.

Il s'agit du gouvernement de sa personne, sous réserve d'ailleurs que ses actes n'intéressent pas directement ou indirectement la famille dont le mari est le chef.

Elle n'a plus d'ordres à recevoir de son mari quant à la façon de se vêtir et de se parer, quant à l'emploi de son temps et de sa fortune personnelle, quant à son alimentation, aux soins dont elle peut avoir besoin en cas de maladie, aux traitements et aux cures que peut nécessiter son état de santé. Elle peut s'adresser au médecin de son choix et recourir aux offices de tel conseil juridique et aux services de telle banque qu'il lui plaira.

Elle peut choisir selon ses goûts, ses lectures, sa religion, son parti politique. Elle peut assister aux réunions de toutes sortes librement.

Elle peut aussi changer de nationalité, mais il convient de mentionner une C. M. du Garde des Sceaux ⁴ en

(3) Sem. Jur., 20 mars 1938, p. 55.

(4) G. P., 22 février 1938.

date du 19 février 1938; il y est rappelé que malgré les principes nouveaux, le mari conserve néanmoins un certain contrôle à ce point de vue et que l'enquête préalable à laquelle la Chancellerie est tenue de se livrer doit porter spécialement sur les avantages que doit trouver la famille à la réalisation du changement sollicité : elle conserve un pouvoir d'appréciation souverain; c'est donc l'intérêt de la famille qui devra inspirer sa décision et elle n'est d'ailleurs jamais tenue d'agréer la demande présentée par la femme⁵.

Le rapporteur au Sénat a également spécifié⁶ que la femme mariée pourra désormais « *se faire délivrer une carte d'identité, se présenter librement à un examen, obtenir un passeport dont le refus, jusqu'à ce jour a été pour elle une cause de juste irritation* ».

Il faut signaler cependant une circulaire du Ministre de l'Intérieur en date du 14 juin 1937 (N° P. A. 2. 10) posant en principe qu'il n'y a pas lieu d'exiger l'autorisation maritale pour la délivrance des passeports et des cartes d'identité française aux femmes mariées.

Et surtout « *on doit considérer comme disparu le droit de surveillance que le mari avait sur la conduite en général et spécialement sur la correspondance de sa femme* »⁷. Il s'agissait là d'une prérogative tout à fait choquante, qui, pourtant, se justifiait par cette soumission absolue où notre Code Civil avait placé la femme mariée. Diverses décisions de justice avaient consacré ce droit; citons en seulement trois :

Cass. Civ. 15 juillet 1885. D. 1886. 1. 145;

Trib. Ste Menehould, 22 mars 1905. D. 1907. 2. 112;

Bordeaux 15 mai 1929. G. P. 1929. 2. 28.

Deux réserves seulement étaient admises :

(5) V. Marc ANCEI, op. cit., n° 71 et article dans la Revue Critique, 1934, p. 597.

(6) Exposé de M. R. RENOULT à la séance du 19 mars 1937. J. O., 1937, Sénat. D. P., p. 347.

(7) Chronique de M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. D. H., 1938, p. 25 et s.

1° Si ce contrôle s'exerçait d'une manière blessante, il pouvait être retenu comme un fait d'injure grave (cf. note de M. Labbé S. 1877, 1, 161). Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 août 1907 (D. 1907, 1, 212) a même admis qu'en ce cas, le droit de contrôle du mari doit être considéré comme suspendu.

2° Si la femme exerçait une profession comportant une correspondance protégée par le *secret professionnel* (médecin, avocat), il fallait considérer que l'intérêt de la femme au secret de ses lettres devait primer celui du mari à les ouvrir (Cf. Planiol et Ripert, op. cit., t. I, n° 920-4°).

La disparition de ce droit du mari d'ouvrir les lettres de sa femme, qu'elles émanent d'elle ou qu'elles lui soient adressées, rétablit l'égalité entre époux au point de vue de la preuve d'un fait invoqué à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps (adultère spécialement). Le mari n'est plus avantagé puisqu'il n'a plus la possibilité de se procurer facilement des preuves contre sa femme. On sait en effet que par exception aux principes généraux, une jurisprudence, approuvée par la majorité de la doctrine, autorisait, en matière de divorce et de séparation de corps, la production des lettres missives (Cf. Planiol et Ripert, op. cit., n° 1211).

B. Le devoir général d'obéissance avait encore une certaine influence sur les **sanctions du devoir de cohabitation** et même sur son **étendue**.

a) **étendue** du devoir de cohabitation.

Il ne s'agit pas à proprement parler de l'étendue de la cohabitation car cette obligation n'est pas en elle-même susceptible de plus ou de moins. Cohabiter, c'est avoir la même résidence sans que l'on puisse fixer le temps que les époux doivent rester ensemble. Cohabiter, c'est également accomplir le devoir conjugal : il est impossible aussi d'en fixer l'étendue.

Mais en parlant d'étendue, nous tenons compte du fait que c'est au mari de choisir le lieu où s'exécutera cette

obligation, et l'obligation de cohabitation pour la femme, à ce point de vue, sera plus étendue si elle doit s'exécuter quel que soit le choix du mari.

La loi du 18 février 1938 a maintenu le devoir réciproque de cohabitation : « ...*la femme est obligée d'habiter avec son mari, celui-ci est tenu de la recevoir...* » (art. 213, C. Civ.). Mais il faut observer la différence importante entre cette nouvelle disposition et l'ancien article 214. « *La femme est obligée d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider, le mari est tenu de la recevoir...* ».

On peut considérer qu'il y avait là deux obligations distinctes, obligation de cohabitation : réciproque, et obligation pour la femme de suivre son mari partout. Tel est l'avis de MM. Planiol et Ripert⁸. De toute façon, on peut dire que le devoir de cohabitation est aujourd'hui moins étendu pour la femme : avant la loi de 1938, elle était tenue de le remplir quel que soit le lieu de la résidence du mari; depuis cette loi, elle possède un recours contre une fixation abusive de la résidence commune par le mari. (Cf. ci-dessous, section II.).

b) Quant aux **sanctions** de ce devoir, elles étaient de deux sortes :

1°) La plupart des auteurs ainsi qu'une jurisprudence très ancienne considéraient comme licite *l'emploi de la force publique*, soit pour ramener l'épouse volage au domicile conjugal, soit pour faire ouvrir les portes de la demeure de son mari dans le cas où ce dernier refusait de la recevoir. Les arrêts en la matière ne sont pas très nombreux (V. notamment : Paris 31 mars 1855, D. 55.2.284, et Pau 11 mars 1863, D. 63.2.193). Un arrêt relativement récent de la Cour de Chambéry du 27 octobre 1931 (D. H. 1931, p. 579) a admis que la violation du devoir de cohabitation pouvait donner lieu à un jugement ordonnant aux agents de la force publique de ramener la femme « *manu mili-*

(8) Op. cit., n° 893, note 1.

lari » au domicile conjugal (V. encore Paris 7 janvier 1903, D. 03.2.16, et Lyon 14 mai 1920, D. 20.2.128).

Cette sanction, si elle n'était pas le plus souvent efficace (puisque le mari pouvait de nouveau mettre sa femme à la porte de chez lui d'une part, et qu'il ne pouvait la retenir de force chez lui d'autre part), n'en était pas moins licite de l'avis de la plupart des auteurs. Il semble bien que depuis la loi du 18 février 1938, cette sanction ne pourra plus être employée, du moins que la femme ne pourra plus être contrainte par la force à réintégrer le domicile conjugal. Le principe nouveau de la liberté relative de la femme résultant de la suppression du devoir général d'obéissance ainsi d'ailleurs que le recours institué à son profit par l'art. 213 al. 2, semblent devoir empêcher l'emploi de ce procédé contre elle; mais peut-être verra-t-on encore des jugements requérant les agents de la force publique de faire ouvrir à la femme les portes de la maison de son mari.

2°) L'autre sanction, de caractère pécuniaire, s'est révélée beaucoup plus efficace. On obtient l'exécution de l'obligation d'une façon indirecte, *par un moyen de pression* sur l'époux récalcitrant.

Si c'est le mari qui refuse de recevoir sa femme dans sa maison, il est condamné à lui servir une pension alimentaire selon ses facultés et son état. Il semble même que, pour assurer l'efficacité de cette sanction, il puisse en outre être condamné à des dommages intérêts pour éviter tout retard et que le système des astreintes, c'est-à-dire la condamnation à tant par jour de retard, soit licite.

Si c'est la femme qui refuse de réintégrer le domicile conjugal, le mari avait plusieurs moyens de pression à sa disposition.

a) Il pouvait d'abord *refuser* de lui verser tout argent et *retenir* par devers lui tous les revenus aussi bien ceux des biens communs que ceux des biens propres de la femme sous le régime de communauté ou ceux des biens dotaux sous le régime dotal, dont il a l'administration et

la jouissance. Il ne pourra pas être contraint à lui verser une pension alimentaire pour exécution en argent de l'obligation d'entretien qui fait peser sur lui l'article 214 : car la femme ne remplissant pas une des principales obligations nées du mariage, ne saurait réclamer l'exécution d'une autre obligation qui est en corrélation étroite avec elle. Ce moyen de pression pourra toujours être employé par le mari car l'article 213, al. 1, C. Civ. maintient expressément le devoir de cohabitation et la corrélation existe toujours entre ce devoir et l'obligation d'entretien à la charge du mari.

β) On admettait encore que le mari pouvait se faire autoriser par justice à *saisir-arrêter les revenus* dont la femme avait la disposition et qui en temps ordinaire échappaient au mari. Plusieurs décisions (not. Trib. Lyon 19 mars 1870. D. 1871, 5, 258) ont admis que cette saisie était possible. Mais certains auteurs ont critiqué cette solution en disant qu'une saisie ne pouvait être pratiquée qu'en vertu d'un titre de créance. L'observation est juste, mais on peut répliquer avec MM. Planiol et Ripert (op. cit., n° 895-2°) qu'il s'agit plutôt de séquestre que de saisie véritable et qu'une justification suffisante de cette mesure peut être trouvée dans les nombreux arrêts et jugements qui l'ont validée. En effet, le mari ne saisit pas pour obtenir l'attribution d'une certaine somme d'argent, comme c'est le cas en général, mais seulement pour priver la femme de cette somme et l'amener à l'exécution de son obligation envers lui. Le titre de créance n'est indispensable que si les sommes saisies doivent revenir au saisissant et pour justifier la limite de son droit.

M. Esmein⁹ croit que l'autorisation de saisir-arrêter les revenus propres de la femme ne sera plus accordée au mari dorénavant. Certes, la femme commet une faute en refusant d'exécuter une obligation librement contractée du fait de son libre consentement au mariage. Mais le procédé de contrainte ne semble plus cadrer avec le prin-

(9) Sem. Jur. du 20 mars 1938, p. 55 n° 11.

cipe nouveau d'indépendance relative de la femme vis-à-vis de son mari.

γ) C'est précisément cette notion de faute qui permettra désormais de reconnaître, probablement sans difficulté, une troisième sanction, indirecte elle aussi, du devoir de cohabitation : *la condamnation à des dommages-intérêts avec astreintes* (condamnation à tant par jour de retard dans l'exécution de l'obligation). Avant la loi de 1938, il était généralement admis que le refus de cohabitation ne pouvait pas donner lieu à dommages-intérêts, car il s'agissait de la violation d'un droit de puissance et non de l'inexécution d'un droit de créance. Telle était l'opinion de MM. Aubry et Rau (Cours de Droit Civil, 5^e édition, § 471, note 5, où sont d'ailleurs cités des arrêts contraires à cette opinion).

L'observation était juste avant la loi du 18 février 1938. Cependant, on pouvait faire observer qu'il était de pratique courante, d'accorder des dommages-intérêts pour réparation d'un préjudice purement moral (p. exemple, en matière de diffamation et d'injure). On voit aussi fréquemment des Tribunaux accorder des dommages-intérêts pour réparation d'un préjudice moral distinct de celui résultant de la privation du secours, en matière de divorce par exemple (Cf. Cass. Civ. 21 juin 1927. D. 1928.1.5; Cass. Req. 27 juillet 1931. S. 1931.1.374). Puisque les Tribunaux reconnaissaient le préjudice moral soit lorsqu'il existait seul soit lorsqu'il coexistait avec un préjudice matériel, on aurait bien pu reconnaître un préjudice moral subi par le mari que sa femme quitte ou par la femme que son mari refuse de recevoir.

Il semble en tous cas que désormais la question sera simplifiée. Toute idée de puissance est exclue de l'obligation pour la femme d'habiter avec son mari; tout comme l'obligation du mari, ce n'est plus qu'une simple obligation de faire et rien ne s'opposera, semble-t-il, dans un cas comme dans l'autre à la condamnation à des dommages-intérêts en cas d'inexécution; il semble aussi que

le système des astreintes sera plus efficace que celui de la contrainte par emploi de la force publique.

C. C'est également à l'idée de puissance maritale qu'il fallait attribuer certaines règles touchant à **la procédure du divorce et de la séparation de corps** : ces règles, qui marquaient une inégalité de traitement au détriment de la femme, sont supprimées par la loi du 18 février 1938. Elles avaient trait à la **résidence de la femme au cours de l'instance**.

Lorsque le juge rendait son ordonnance de permis de citer, il pouvait autoriser l'époux demandeur à résider séparément, mais si la demande en divorce ou en séparation de corps émanait de la femme, il devait fixer le lieu de sa résidence provisoire (art. 236 C. Civ.). Son pouvoir était discrétionnaire à cet égard, mais, en pratique, il tenait compte, autant que possible, des convenances personnelles de la femme.

La loi du 18 février 1938 a remplacé l'article 236 par une nouvelle disposition qui supprime cette différence entre le mari et la femme¹⁰. Que la demande de séparation de résidence émane de l'époux ou de l'épouse, le juge doit se borner à autoriser l'époux demandeur ou l'épouse demanderesse à résider séparément de son conjoint : il est d'ailleurs libre de refuser cette autorisation car la nouvelle rédaction de l'art. 236 C. Civ. tout comme l'ancienne porte les mots : « *Le juge peut...* ».

Une conséquence directe de cette inégalité résultait de la disposition finale de l'art. 238, al. 5 C. Civ. D'après cet alinéa, « *lorsque le tribunal est saisi, les mesures provisoires prescrites par le juge (c'est-à-dire résidence séparée, entretien des époux, garde des enfants, conservation des biens) peuvent être modifiées ou complétées au cours de l'instance par jugement du tribunal...* ». La nouvelle rédaction ne comporte plus la réserve qui suivait : « *sans*

(10) V. Trib. Lyon (référé) 25 février 1938, S. 38.1.192; Trib. Casablanca, 23 août 1938, la Loi 6 janv. 1939.

préjudice du droit qu'a toujours le juge de statuer, en tout état de cause, en référé sur la résidence de la femme ». Puisqu'on avait retiré au juge le droit de fixer le lieu de la résidence séparée de la femme, il fallait nécessairement lui retirer également celui de changer ce lieu au cours du procès. C'est ce qu'a fait observer M. Pernot à l'appui de son amendement tendant à supprimer cette disposition finale de l'art. 238, al. 5, C. Civ.¹¹.

On peut regretter, dans le même ordre d'idées, que la mention de la résidence provisoire de la femme n'ait pas été rayée également de l'art. 238, al. 2. Il y est fait allusion à un changement par le juge, de la résidence de l'époux demandeur; il ne peut s'agir que de la résidence provisoire de la femme fixée par le juge comme le prévoyait l'ancien art. 236, car le mari, lui, étant libre de résider où il lui plaît, pouvait toujours changer d'habitation sans que la justice intervînt. Il semble donc que l'art. 238, al. 2, aurait dû être modifié par voie de conséquence. Néanmoins il est peut-être possible de justifier le maintien intégral de l'art. 238, al. 2, en faisant observer que l'article 236 donne au juge seulement la faculté de permettre la résidence séparée par l'ordonnance de permis de citer. S'il ne l'a pas fait à ce moment, il est encore temps de le faire par l'ordonnance de non-conciliation en vertu de l'art. 238, al. 2.

Une dernière disposition avait trait à cette résidence provisoire de la femme en cours d'instance : l'art. 241 C. Civ. lui faisait une obligation de justifier de sa résidence effective dans la maison déterminée par le juge toutes les fois qu'elle en était légalement requise et cette obligation était sanctionnée de deux façons; en cas d'inexécution, c'est-à-dire si la femme ne pouvait établir qu'elle habitait réellement au lieu de sa résidence provisoire, le mari était fondé à refuser à sa femme le versement de toute provision alimentaire. Cette première sanction était en liaison avec celle du devoir de cohabitation dont nous avons

(11) J. O., 1937. Sénat. D. P., p. 361.

parlé ci-dessus; la femme n'était pas obligée de cohabiter avec son mari mais d'habiter tel lieu. De plus, seconde sanction, si la femme était demanderesse, le mari pouvait la faire déclarer non recevable à continuer les poursuites commencées. Il a été jugé d'ailleurs que cette sanction n'était pas accordée automatiquement et que la fin de non-recevoir ainsi invoquée par le mari pouvait ne pas être retenue par le Tribunal (Cass. Civ. 11 avril 1922. S. 1922.1.220). Au surplus, si la femme désirait reprendre la procédure, il lui suffisait de se soumettre à la décision du juge. Intimement lié à la disposition finale de l'art. 236 C. Civ., l'article 241 C. Civ. a été, comme elle, abrogé¹².

Enfin, et pour en terminer avec la procédure du divorce et de la séparation de corps, il faut signaler la disparition de l'art. 238, al. 4 : « *par le fait de cette ordonnance (de non conciliation), la femme est autorisée à faire toutes les procédures pour la conservation de ses droits et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont les suites* ». Cet alinéa, qui constituait autrefois une entorse à la puissance maritale ou, plus précisément à sa conséquence principale : l'incapacité de la femme mariée, devait disparaître puisque l'exception qu'il constituait est devenue la règle générale (art. 215, nouv. C. Civ.).

D. La disparition du devoir général d'obéissance entraînera sans doute un certain changement en ce qui touche **les causes du divorce et de la séparation de corps** ainsi que **l'administration de la preuve** en la matière. Et l'inégalité dont souffrait la femme à ce double point de vue a disparu.

a) Il semble hors de doute que désormais le *refus d'obéissance* ne pourra plus être retenu par les Tribunaux comme fait constitutif d'*injure grave*. Un arrêt de la Cour de Caen du 24 octobre 1904 (et sur pourvoi un arrêt de la Ch. des Req. du 12 nov. 1905. D. P. 1905.1.269)

(12) V. décision précitée du Trib. de Casablanca, note (10) ci-dessus.

avait reconnu une injure grave dans la désobéissance de la femme¹³.

De même, il ne sera plus nécessaire à la femme d'établir que le contrôle par le mari de sa correspondance a été exercé d'une manière blessante pour que l'injure grave soit admise (Cf. Cass. Civ., 6 août 1907. S. 1908.1.165). Puisque le droit du mari n'existe plus, l'injure grave sera beaucoup plus facile à établir : il suffira à la femme d'établir *que le mari a ouvert ses lettres*, de même que, pour le cas réciproque, il doit suffire au mari de prouver que sa femme a violé sa correspondance. Il semble que ce seul fait pourra constituer l'injure grave. En tous cas les deux époux sont sur le même pied à ce point de vue.

b) Enfin, l'opinion commune admettait que, par exception au principe de l'inviolabilité du secret des lettres missives, la correspondance privée pouvait être produite en justice comme moyen de preuve au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps¹⁴. Désormais, ici encore, les deux époux seront sur un pied d'égalité. Au mari tout comme à la femme, il sera défendu de produire des lettres qui se trouveraient entre ses mains par suite d'une erreur (Cf. Cass. Civ., 21 mai 1875. D. 1876. 1.183) ou d'un acte illicite (Besançon, 30 déc. 1862. D. 1862.2.63).

De la disparition de toutes ces dispositions particulières, qui mettaient la femme en état d'infériorité par rapport à son mari, devons-nous induire qu'elle est désormais parfaitement libre vis-à-vis de lui, comme elle semble pleinement capable en vertu de l'art. 215 nouv. C. Civ.), du moins sauf exceptions ? Nous allons voir qu'il n'a pas été dans l'intention du législateur d'établir l'égalité parfaite entre époux, qu'il a toujours été entendu que le mari conserverait certaines prérogatives prévues par des textes précis et qu'au surplus ces prérogatives

(13) C'est ce changement très probable de jurisprudence qui doit ôter, nous le verrons (ci-dessous § 2), toute portée juridique à la qualité de chef de famille prise en elle-même.

(14) Cf. PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 1211.

auraient leur fondement dans la qualité de chef de la famille qui lui a été formellement reconnue. C'est à l'étude de ce rôle du mari dans la famille qu'est consacré notre second paragraphe. Mais avant de l'aborder, il faut signaler, dans les travaux préparatoires, une certaine confusion entre la capacité proprement dite, que nous étudierons dans notre second chapitre et cette liberté de la femme vis-à-vis de son mari, cette indépendance qui se manifeste dans la vie courante.

Tous les actes, cités à titre d'exemple, que la femme pourra faire librement désormais, ne lui seront possibles, aux yeux du rapporteur au Sénat¹⁵ que parce qu'elle est désormais capable en vertu du nouvel article 215, al. 1 C. Civ. Il nous semble plutôt que la liberté dans le gouvernement de sa personne est une conséquence bien plus de l'abolition de l'art. 213 C. Civ., que de la nouvelle rédaction de l'art. 215, al. 1. C. Civ. En réalité, le mot capacité a été entendu, au cours des travaux préparatoires, dans un sens qui nous paraît trop large; nous avons préféré le réserver pour désigner l'aptitude à faire les actes judiciaires et extrajudiciaires (Cf. notre chapitre II) et parler ici de liberté relative de la femme vis-à-vis de son mari.

§ 2. — LA QUALITÉ DE CHEF DE LA FAMILLE.

La formule que l'on trouve en tête de l'art. 213 C. Civ. est celle d'un amendement de M. Pernot adopté lors de la première délibération¹⁶, dans une rédaction légèrement différente. Elle ne se trouvait dans aucun des deux projets. Mais dès 1933, la Société d'Etudes Législatives, qui a consacré de nombreuses séances à cette réforme, se prononçait pour l'introduction de cette phrase, dans le futur art. 213 C. Civ. Pour elle, il s'agissait de donner au mari un pouvoir de décision en cas de désaccord¹⁷.

(15) Cf. Exposé de M. RENOULT. J. O. D. P. Sénat, 1937, p. 347.

(16) J. O., D. P., Sénat 1936, p. 1563 et s.

(17) V. rapport de M. ROUAST, Bull. Soc. d'Et. Lég., 1934, p. 81 et s.

Et d'ailleurs si les mots n'étaient pas écrits dans les projets de loi, l'idée dont ils sont l'expression avait été conçue et acceptée par le législateur : *« le projet ne crée pas l'égalité complète des époux dans le ménage; la femme ne doit plus, en principe, obéissance à son mari, mais il est certains cas néanmoins où sous peine d'une destruction de la famille, l'on ne pourrait concevoir que la décision appartint à la fois à chacun des époux. Pour ces cas, la prépondérance du mari a été conservée »*¹⁸.

Un peu plus tard, le rapporteur nous dira encore : *« Le projet établit en principe l'égalité des époux, mais il laisse subsister sur bien des points la prédominance du mari »*¹⁹.

Après la délibération en première lecture, où eut lieu l'adoption de l'amendement Pernot, cette intention sera encore affirmée : *« la Commission a pensé que pour que la réforme fut à la fois prudente, réelle et efficace, il fallait qu'elle fût maintenue à égale distance du principe absolu de l'omnipotence maritale et du principe de l'égalité absolue des époux dans le ménage »*²⁰.

Et enfin, dans l'exposé qui précéda la seconde délibération, on trouve encore ces paroles de M. Renoult : *« dans ces législations (il s'agit de celles qui ont accordé la capacité civile à la femme mariée), on a depuis assez longtemps déjà préféré à la subordination complète de la femme au mari qu'édictait le Code Napoléon un régime de collaboration des époux égaux en droits, avec, la plupart du temps, le maintien d'une certaine prépondérance du mari dans l'intérêt de la famille. C'est dans ce sens aussi, Messieurs, que le projet dont je vais avoir l'honneur de vous entretenir se prononce à son tour »*²¹.

Sur le principe donc, pas de doute : le législateur a voulu conserver la prépondérance au mari dans certains

(18) V. Exposé des Motifs précité.

(19) Rap. RENOULT du 24 juin 1933 : J. O., Doc. Parl., Sénat 1933, Annexe n° 404.

(20) Rap. suppl. du 18 février 1937 : J. O., Doc. Parl., Sénat 1937, annexe n° 78, p. 53.

(21) J. O., D. P., Sénat, 1937, p. 346.

cas. Pour atteindre ce but, il a placé en tête de l'article 213 C. Civ. la formule due à l'amendement Pernot. Quel doit être le résultat de la rédaction de cet article ?

Il faut remarquer tout d'abord qu'il s'agit d'une proposition incidente, placée entre deux virgules, dans une phrase où il est dit que le mari choisit la résidence commune et il convient de noter que la portée des mots n'est pas exactement la même suivant que l'on dit : « *le mari, chef de la famille, a le choix...* », ou bien : « *le mari est le chef de la famille. Il a le choix...* ». Avec la première formule, on se borne à constater que le mari possède la qualité de chef de famille : il faut même aller plus loin et dire qu'il ne jouira de ce droit que s'il est chef de famille : le fait de placer cette proposition entre deux virgules semble indiquer que l'on a même voulu dire : « *le mari, dans tous les cas où il est chef de la famille...* » ou encore : « *le mari, à condition qu'il soit chef de famille, a le choix...*, etc... ». Cette interprétation est basée sur l'art. 213, al. 3 C. Civ, qui, précisément, supprime cette qualité dans certains cas.

Mais il suit de là qu'avec la première formule, celle qui a été votée, ou peut assez difficilement trouver dans la qualité de chef de famille le fondement d'autres droits non expressément reconnus au mari. Telle a été l'idée des rédacteurs de la loi; M. Julliot de la Morandière nous l'indique²² : « *en première lecture, avait été adopté au Sénat un alinéa premier de l'article 213 : le mari est le chef de la famille; mais précisément on a craint de susciter ainsi la puissance maritale : il a été décidé alors que les mots « chef de la famille » seraient placés entre virgules, formeraient une proposition incidente, pour bien marquer qu'ils ne conféraient au mari aucun pouvoir général, mais étaient seulement la justification des prérogatives précises que les textes nouveaux lui conservaient* ».

Et le rapporteur au Sénat nous explique ainsi pourquoi l'on a modifié la formule de l'amendement Pernot :

(22) V. Chr. D. H., 24 mars 1938, p. 25.

*« un certain remaniement a été accepté par l'unanimité de la commission afin de bien montrer que nous n'entendons pas qu'on puisse déduire de la formule « le mari, chef de la famille » des droits positifs. Nous voulons seulement y inclure une notion de direction et d'ordre dans la famille. Nous avons fait du membre de phrase « le mari chef de la famille » une simple incidente »*²³.

Les travaux préparatoires sont donc catégoriques. Et pourtant, il peut sembler presque impossible de ne voir dans cette phrase que la justification des prérogatives du mari écrites ailleurs.

Malgré ces paroles extrêmement nettes et qui nous renseignent d'une façon certaine sur les intentions du législateur, on peut estimer — et cette conception peut se défendre — qu'on ne saurait limiter le rôle du mari au choix de la résidence et au contrôle de l'activité professionnelle de la femme. Comment le mari pourrait-il, en effet, assurer la *direction* dans le ménage et l'*ordre* dans le ménage, s'il n'avait pas, dans les nombreux cas où l'intérêt de la famille est en jeu, cas non prévus souvent (la loi n'a prévu que les principaux) parce qu'il était impossible de les prévoir, le pouvoir de décision, c'est-à-dire, fatalement, le droit d'être obéi ? *« A un chef, on doit obéissance; à quoi servirait d'être chef, si l'on ne devait pas être obéi ? être chef, c'est avoir le pouvoir de décision »*. Ces paroles, qui ont été dites pour combattre la formule de l'art. 213²⁴, nous semblent remplies de bon sens. *Il ne s'agit d'aucun droit positif nouveau*, bien défini dans son objet, dans ses modalités, dans sa sanction : il s'agit d'un *pouvoir de décision dans les affaires du ménage*. Il ne s'agit pas plus d'un devoir général d'obéissance, puisque les pouvoirs du mari ne touchent que les matières où l'intérêt de la famille est en jeu : il est bien chef de la famille et non *chef de la femme* malgré l'origine de la formule de M. Pernot²⁵. Il y a une nécessité

(23) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 348.

(24) Déclarations de M. BACHELET; J. O., D. P. Sénat 1937, p. 349.

(25) Déclarations de M. VIOLETTE. Ibid., p. 351.

vitale pour la famille : nécessité d'avoir un chef : il faut que l'un des deux époux décide, s'il n'y a pas accord entre eux, et ce sera le mari, chargé par la nature et par les lois de la protection de la famille : ce n'est plus à un *maître* que la femme doit obéir mais à un *chef chargé des intérêts de la famille*.

Comment le législateur a-t-il satisfait à cette nécessité vitale pour la famille ? Il a employé deux moyens distincts :

1° Le mari conservera la plupart des droits que lui reconnaissait déjà le Code Civil : choix de la résidence du ménage, contrôle de l'activité professionnelle de la femme (le contrôle était autrefois assuré par le système du consentement préalable), exercice prépondérant de la puissance paternelle sur les enfants communs, etc...

2° Le mari a, en principe, la qualité de chef de famille et, si l'on se reporte aux discussions qui ont eu lieu au Sénat à propos de l'amendement Bachelet²⁶, on est amené à se douter qu'il y a là bien plus qu'une formule vide servant seulement d'explication et de justification aux droits reconnus au mari par des textes précis. Il y a là, peut-être, le principe d'une certaine autorité morale : toutes les fois que l'intérêt de la famille est en jeu, la décision à prendre doit l'être finalement par le mari.

La formule placée en tête de l'article 213 paraît répondre à deux préoccupations.

D'abord, *marquer un temps d'arrêt* dans la marche vers l'indépendance totale de la femme, constituer un palier, en quelque sorte, dans la courbe qui va de la sujétion totale à la liberté absolue. Pour éviter que la femme mariée, dont on améliore grandement la situation (par l'intervention de la justice en particulier) ne croie à l'égalité complète entre elle et son mari, égalité que voudraient obtenir sans doute certains groupements féministes, le Sénat, sur l'initiative de M. Pernot, a cru bon de

(26) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 349 et s. Cet amendement tendait principalement à supprimer de l'art. 213 C. Civ. la formule *Le mari, chef de la famille*.

lui rappeler que son mari reste le chef de la famille. Il était, en principe, un chef absolu : il devient un chef constitutionnel, si l'on peut employer cette comparaison, mais il reste un chef; ses pouvoirs, pour limités qu'ils soient, n'en sont pas moins assez étendus : ils sont annoncés et expliqués par l'article 213 et organisés ailleurs.

Ensuite, en dehors et en plus des droits qui lui sont expressément reconnus par la loi nouvelle, *le mari conserve son autorité morale*, sa prééminence dans les innombrables problèmes où l'intérêt de la famille est en jeu.

Telle semble être la double portée de la formule : portée morale considérable; portée juridique restreinte, puisqu'elle ne confère aucun droit positif nouveau.

Faut-il aller plus loin ? le mari a-t-il reçu le *pouvoir juridique de décider* dans les affaires intéressant la famille ? Il semble certain qu'une tendance s'est manifestée en ce sens. Les travaux de la Société d'Etudes Législatives²⁷ semblent en faveur de cette conception. Elle a été concrétisée dans la première rédaction de l'amendement de M. Pernot. Voici au surplus les déclarations qui appuyèrent son amendement : « *dans le Code Civil, il y a un certain nombre de textes qui règlent les difficultés d'ordre juridique, mais j'imagine que personne ne me démentira si je dis que dans la vie d'une famille, les actes juridiques sont relativement rares et qu'il y a d'autres actes que l'on fait tous les jours et pour lesquels il faut une décision..., s'il y a une décision à prendre et qu'il y ait une difficulté, il y aura quelqu'un pour la trancher, et ce sera le mari, chef de famille* »²⁸.

Ces paroles sont plutôt une constatation des faits que l'affirmation d'un principe. D'ailleurs, quelle pourrait être la sanction de ce droit de commander reconnu au mari ? Si la femme ne se soumet pas, il y aura injure grave : ce serait la seule sanction possible : or, ce serait formellement contraire à l'abrogation de l'art. 213, au but général

(27) V. rapp. de M. ROUAST, et discussions, précités.

(28) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 352.

de la loi et à l'ensemble des travaux préparatoires (réserve faite de la tendance que nous avons signalée et qui n'a pas triomphé).

Nous dirons donc, pour conclure sur ce point, que la qualité de chef de la famille confère au mari une autorité purement morale : qu'une tendance s'est manifestée pour le rétablissement du devoir d'obéissance atténué, mais que cette tendance ne l'a pas emporté : que d'ailleurs la seule sanction d'un pouvoir légal de décision serait de qualifier d'injure grave la désobéissance de la femme et que, dès lors, cette sanction paraît devenue impossible.

La formule de l'art. 213 nouveau C. Civ. se révèle comme une transaction entre deux tendances contraires et surtout comme la constatation d'un fait social : le mari est le plus souvent le chef de la famille. Mais comme il ne peut tirer de cette qualité aucun pouvoir légal d'imposer sa volonté (hors les cas, bien entendu, où la loi décide toujours qu'il doit être obéi), la formule initiale de l'art. 213 ne sera sans doute pas très gênante pour la femme.

Au surplus, la loi a prévu certains cas où la qualité de chef de la famille cessera d'exister pour le mari. Elle en mentionne deux, mais le premier est multiple.

L'art. 213, al. 3, peut être la source de deux ordres de difficultés : quels sont exactement les cas de perte de la qualité de chef de famille ; et quels en sont les effets ?

A. Cas de perte de la qualité de chef de la famille.

L'absence, qui est visée en premier lieu, doit sans doute être entendue au sens précis et technique du terme : c'est le cas du mari qui a disparu de chez lui, dont on n'a pas de nouvelles et dont on ne sait même pas s'il est mort ou vivant. Pour que le mari puisse être considéré comme ayant perdu la qualité de chef de famille, il faut que soit intervenu un jugement de déclaration d'absence (art. 115 C. Civ.).

L'intervention de la justice sera également nécessaire pour que le second cas soit réalisé : la perte de la qualité de chef de famille résultera de plein droit d'un jugement d'*interdiction*. Il en est de même pour la *séparation de corps*, troisième cas.

La même déchéance frappe le mari, mais seulement pendant la durée de sa peine, lorsqu'il a été *condamné, même par contumace, pour crime*. Il semble que l'on doit admettre que le mari recouvre ses pouvoirs lorsqu'il bénéficie de la grâce, de l'amnistie ou même d'une commutation de peine criminelle en peine correctionnelle²⁹.

Enfin, le cinquième et dernier cas est susceptible de soulever des difficultés, car *l'impossibilité de manifester sa volonté* peut être entendue de diverses façons.

S'agit-il des cas d'affaiblissement physique ou mental du mari ? Sans doute, mais comment l'apprécier ? Devrait-on recourir à la science médicale pour faire déterminer s'il y a ou non *impossibilité* ? Pour l'infirmité mentale, cela paraît relativement aisé ; mais il faut admettre sans doute qu'un mari, même infirme, doit pouvoir manifester sa volonté d'une façon ou d'une autre³⁰. Quant à l'impossibilité matérielle, résultant par exemple, de l'éloignement du mari, qui ne serait pas une absence au sens juridique du mot, il semble qu'elle entraîne aussi la perte de la qualité de chef de famille. Toutes les fois que le mari ne peut pas en fait manifester sa volonté, on doit dire qu'il a perdu la qualité de chef de famille. Cette décision, qui semble raisonnable, peut d'ailleurs être controversée.

Il est un point certain en tous cas : si le mari, dans les cas ci-dessus, perd la qualité de chef de la famille, la femme n'acquiert pas cette qualité ; dès lors, il y a lieu de se demander quels sont les effets de cette déchéance.

B. Effets de la perte de la qualité de chef de famille.

Elle entraîne — la solution ne peut faire de doute —

(29) (30) Cf. M. SAVATIER. « Lois nouvelles », 1938, p. 57.

la perte du droit de fixer la résidence du ménage et de s'opposer à l'exercice par la femme d'une profession séparée : la qualité de chef de la famille est reconnue au mari en tête de l'art. 213 C. Civ. et apparaît comme une condition du droit que le même article lui accorde. De même la réserve de l'art. 213 al. 3 C. Civ. est expressément formulée dans l'art. 216 C. Civ.

Il paraît évident, en sens inverse, que la femme a toujours le droit de porter le nom de son mari, même s'il a perdu sa qualité de chef de la famille.

Quant à l'exercice prépondérant de la puissance paternelle, M. Esmein³¹ croit qu'il y a lieu de se reporter aux dispositions spéciales à cette matière et organisant la déchéance de la puissance paternelle (L. 24 juillet 1889 mod. dernièrement par D. L. 30 octobre 1935).

Restent les pouvoirs du mari sous les régimes communautaire et dotal et le droit de relever la femme, dans certains cas, de son incapacité sous les régimes séparatistes. M. Esmein estime que le mari conserve ses pouvoirs d'administration, de jouissance et de disposition sous le régime de communauté, puisqu'aucun changement n'a été apporté aux régimes matrimoniaux. M. Savatier (op. cit. n° 8) conclut de même et nous donnerons la même solution, pour la même raison, aux pouvoirs du mari sur la dot.

Quant à l'autorisation prévue aux art. 1449, 1538 et 1576 C. Civ. ce sera la justice et non le mari qui devra, comme par le passé, être sollicitée. On pourrait peut-être faire remarquer que ces trois articles parlent seulement du *refus* du mari et que les art. 221 et 222 C. Civ. ont été abrogés; qu'au surplus l'idée générale de la loi ayant été de supprimer toute idée de protection de la femme, celle-ci devrait, dans ces cas, recouvrer sa pleine capacité, idée générale que nous nous efforcerons par ailleurs de mettre en lumière. Il semble infiniment probable néanmoins que rien ne sera changé sur ce point, puisqu'il a été entendu

(31) Sem. jur. 20 mars 1938, n° 15.

que rien ne sera modifié dans le titre V du Livre III ³².

Telle est, dans ses grandes lignes — car la diversité des cas est grande — la nouvelle position générale de la femme vis-à-vis de son mari au point de vue personne. Reste à se demander comment cette réforme, en partie *spectaculaire* (dit M. Savatier) sera accueillie.

Elle est trop récente pour que ses effets se soient déjà manifestés dans les ménages; d'autre part, l'immense majorité des françaises se soucie fort peu de l'art. 213 du Code Civil. Pourtant, si son vote est récent, sa mise en chantier remonte à l'année 1925 et d'autre part les personnalités qui dirigent les groupements féministes et se chargent de revendiquer pour les femmes — qui souvent d'ailleurs n'en demandent pas tant. — l'indépendance absolue et l'égalité totale avec leurs maris ont pu donner leur avis sur le projet de réforme, devenu aujourd'hui réforme accomplie.

La duchesse de La Rochefoucault s'est demandé si la nouvelle rédaction de l'article 213 méritait d'être accueillie avec défaveur : « *il (le rôle de chef de famille reconnu au mari) a place dans la législation italienne, dans la législation helvétique; et en Italie, et, à fortiori, en Suisse où la femme mariée est tout à fait capable, cette concession à la tradition ne semble pas la gêner* » ³³.

M. Laborde- Lacoste ³⁴ conclut de même. « *Certaines ligues féministes se sont élevées contre cette survivance de l'ancienne puissance maritale. Nous ne partageons pas leur émotion car, dans l'esprit des partisans de ce principe, il s'agit là d'une autorité morale, conforme aux traditions françaises et consacrée par les législations les plus modernes et les plus favorables à la règle de la capacité civile de la femme mariée (allemande, italienne, suisse)* ».

(32) Notons cependant qu'il n'y a pas concordance absolue entre les cas prévus aux anc. art. 221 et 222 et ceux de l'art. 213, al. 3, nouv. C. Civ.

(33) « Le projet René RENOULT » : Revue de Paris, 15 mars 1937, p. 309.

(34) Sem. jur., 13-20 août 1937, p. 30.

Et M. Savatier³⁵, après avoir rappelé les conséquences que la jurisprudence attachait au devoir général d'obéissance, écrit : « *La révolte concerne moins souvent les liens de puissance maritale que ceux même du mariage..... ce n'est pas du mari comme seigneur et maître, mais bien plutôt du mari comme époux que la femme entend se libérer* » (p. 216) et plus loin : « *...sans doute, la disparition de l'article 213 a une valeur spectaculaire; mais il ne faut pas nourrir de grandes illusions sur l'efficacité juridique de la réforme. Car nous quittons ici presque complètement le domaine du droit pour celui des mœurs* » (p. 223).

M. Savatier signale pourtant certains *contre-coups juridiques* de la disparition de l'idée de puissance maritale.

Il semble que la femme pourra désormais sans difficulté être considérée comme l'employée de son mari. Nous ne pouvons, faute de place, nous étendre ici sur cette importante question. Indiquons seulement une note de M. Esmein³⁶, un arrêt de Cassation récent³⁷ devançant, en quelque sorte, la loi de 1938, ainsi que plusieurs chroniques³⁸. Il paraît certain que la puissance maritale était un des obstacles à l'établissement d'un lien de préposition entre mari et femme, que cette dernière pourra sans doute être reconnue comme la préposée de son mari et peut-être même comme son commettant.

On peut ajouter, dans le même ordre d'idée, que l'un des obstacles invoqués par la jurisprudence pour annuler les sociétés entre époux a disparu, mais il en reste d'autres, notamment l'immutabilité des conventions matrimoniales³⁹.

« *Quoi qu'il plaise à la loi de le dire*, poursuit M. Sa-

(35) « Puissance maritale », Rev. crit. lég. et jur., 1936, p. 206 et s. V. également du même auteur le commentaire paru dans « Les lois nouvelles » 1938, 1^{re} partie, p. 53 et 54, n° 4.

(36) Sous Rouen, 16 juillet 1936 : S. 1937.2.169.

(37) Ch. Civ., 8 nov. 1937 : G. P., 29 nov. 1937.

(38) Rev. tri. de Droit Civil, 1937, pp. 95 et s., 824 et s.; 1938, p. 84 et s.; SAVATIER, « Les lois nouvelles », op. cit., n° 12.

(39) V. PLANIOL, RIPERT, ROUAST, SAVATIER et LÉPARGNEUR : Traité, t. IX, n° 1003.

vatier, *chaque ménage établit librement, chez lui, l'équilibre d'autorité qu'il veut bien* » (p. 225); « *que le législateur fasse donc disparaître du Code Civil le brutal article 213 dont les termes étaient par trop napoléoniens. Qu'il fasse disparaître l'incapacité, souvent gênante et presque toujours inutile de la femme mariée; qu'il souligne ainsi l'égalité des deux conjoints en dignité humaine; tout cela est bien. Mais il ne servirait pas davantage les intérêts des époux que ceux de la société en plaçant cette réforme sous l'étendard de la mystique individualiste, en laissant entendre à la femme comme au mari, qu'ils peuvent être tout à la fois libres et heureux dans le mariage, alors que le mariage se définit précisément par les devoirs familiaux limitant la liberté de chacun. Et surtout, que la femme ne s'imagine pas que l'effacement de la puissance, c'est pour elle la liberté tout court, dont il lui plaira d'user à sa guise* » (p. 227). Nous ne saurions trouver de meilleure conclusion à cette section, que ces paroles de M. Savatier.

Nous en avons ainsi terminé avec l'étude de la qualité de chef de famille, qui remplace aujourd'hui la puissance maritale. Nous avons signalé quelle en était, à notre avis, la grande portée morale et nous avons signalé le rôle prééminent qu'elle donne au mari dans la direction des affaires du ménage. Nous savons enfin qu'elle sert de fondement et de justification aux droits que des textes positifs précis reconnaissent, mais qu'au point de vue juridique, son rôle s'arrête là. C'est à l'étude de ces droits que seront consacrées les trois autres sections du présent chapitre. Mais comme nous l'avons indiqué, et pour rester dans le cadre de notre sujet, nous n'étudierons, de ces droits, que ceux que la loi du 18 février 1938 réglemente elle-même, savoir : le choix de la résidence du ménage, le droit d'opposition à l'exercice par la femme d'une profession séparée et le droit de percevoir presque toutes les ressources du ménage sous le régime de communauté et le régime dotal ou plus exactement l'aspect passif de ce droit : l'obligation d'entretien du mari.

SECTION II

LE CHOIX PAR LE MARI DE LA RESIDENCE
DU MENAGE

L'article 213 nouveau C. Civ., outre la reconnaissance au mari du titre de chef de la famille, dont nous venons de parler dans la précédente section, contient encore et le *devoir réciproque de cohabitation* et le *droit, pour le mari, de choisir la résidence conjugale*.

1° *Le devoir de cohabitation*, autrefois contenu, en des termes identiques, dans l'article 214 est une des principales obligations nées du mariage : c'est peut être même la plus essentielle, car, s'il n'y a plus vie commune, on peut presque dire qu'il n'y a plus mariage. C'est une obligation réciproque, consistant, pour les deux époux, à habiter sous le même toit et la jurisprudence admet qu'elle comporte un corollaire naturel : l'accomplissement du devoir conjugal (V. notamment Cass. Req. 6 avril 1908. D. 1908.1.240). Nous avons déjà parlé¹ de cette obligation pour signaler les changements que devait apporter la loi que nous étudions, dans ses sanctions. Elle laisse intact le principe de cette obligation, tout en en diminuant l'étendue pour la femme : si celle-ci est toujours tenue d'habiter avec son mari, il n'est plus dit qu'elle doit *le suivre partout où il juge à propos de résider* (ancien art. 214 C. Civ.).

2° S'il en est ainsi, c'est parce que le choix de cette résidence par le mari n'est pas laissé à sa fantaisie et que le droit de fixer la résidence du ménage, peut être contrecarré par *un recours de la femme* devant le tribunal. Dès lors, il n'était plus vrai de dire que la femme devait *suivre son mari partout où il juge à propos de résider*.

Ce droit n'existe que si le mari a la qualité de chef de famille, d'une part; un recours est ouvert à la femme

(1) Cf. ci-dessus section I, § 1, B.

contre une fixation abusive de la résidence par le mari, d'autre part.

Mais pour pouvoir connaître le changement apporté par la loi du 18 février 1938 en la matière (§ 2) il est utile de connaître la situation avant cette loi. Nous l'exposons dans un premier §.

§ 1. — LE CHOIX PAR LE MARI DE LA RÉSIDENCE DU MÉNAGE
AVANT LA LOI DU 18 FÉVRIER 1938.

Si ce choix était théoriquement illimité, il ne faudrait pourtant pas en déduire que la femme et la famille étaient entièrement soumises aux fantaisies du mari. Les termes mêmes de l'ancien art. 214 C. Civ. contenaient en eux-mêmes une limite; la jurisprudence en admettait une autre.

A. — Si l'ancien art. 214 C. Civ. n'indiquait pas de limite au droit du mari, puisque la femme devait le *suivre partout*, on pouvait observer que la loi employant le mot *résider*; on devait admettre, pour faire une stricte application de la loi, que le mari n'avait pas le droit de se faire suivre de sa femme s'il n'était pas en mesure de **justifier d'une résidence**, ce mot supposant un lieu d'habitation suffisamment fixe et stable. Par exemple, un représentant de commerce qui serait en voyage perpétuellement (le cas est assez théorique) ne pourrait exiger que sa femme l'accompagnât dans tous ses déplacements.

B. — Et surtout la jurisprudence admettait que ce devoir, pour la femme, de suivre son mari partout trouvait une limite dans le **devoir de protection** que l'ancien art. 213 C. Civ. mettait à la charge du mari comme compensation du devoir général d'obéissance imposé par le même article à la femme. Et cette jurisprudence devait être approuvée sans réserve, car, pour la femme, *suivre son mari*, c'était un cas où le devoir d'obéissance se manifestait le plus nettement et il était très juste de tenir compte du

devoir de protection pour décider si la femme était ou non tenue d'obéir.

En fixant le lieu de la résidence du ménage, le mari, par conséquent, devait, dans la mesure du possible, tenir compte des intérêts personnels de la femme qu'il devait protéger : il a été jugé que la femme pouvait refuser d'habiter avec son mari si la résidence choisie par celui-ci ne correspondait pas à la situation sociale du ménage². Il s'agissait en l'espèce d'un commis-voyageur en perpétuels déplacements. On pouvait dire d'abord qu'il ne *résidait* nulle part (cf. ci-dessus A) et l'on a admis aussi que cette vie errante devait être considérée comme contraire à la protection à laquelle la femme avait droit de la part de son mari.

Cette jurisprudence faisait une application de la règle générale admise dans d'autres domaines (celui des contrats notamment) : la femme pouvait invoquer l'exception de *non adimpleti contractus*. Les obligations nées du mariage forment un tout et dépendent étroitement les unes des autres. Si l'un des époux veut exiger l'exécution de l'une d'elles, il doit lui-même avoir exécuté les siennes.

Telle était la situation sous l'empire du Code Civil. Ajoutons qu'une des conséquences directes de cette cohabitation des époux en un lieu de résidence commune choisi par le mari, était que la femme ne pouvait avoir d'autre domicile que celui de son mari. Elle était consacrée expressément dans l'art. 108, al. 1, C. Civ. Il était question, dans le premier projet Renoult³ de modifier cet article en introduisant à la suite de l'ali. 1 : « *La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari* », la réserve suivante : « *sauf si elle exerce un commerce séparé ou une profession distincte* ». Cette modification, qui a été abandonnée par la Commission de Législation du Sénat et supprimée dans le projet remanié, a sans doute

(2) Jug. Trib. Paix Paris, 24 avril 1929, rapporté dans le cours polycopié de M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 1930-1931, p. 549.

(3) V. J. O. Doc. Parl., Sénat 1932, Annexe n° 594.

été jugée dangereuse pour l'unité de la famille⁴. On peut cependant remarquer qu'il ne s'agissait que d'un domicile commercial ou professionnel séparé et que le devoir réciproque de cohabitation était maintenu ainsi que le choix par le mari de la résidence du ménage⁵.

Une autre modification a été proposée par la Société d'Etudes Législatives. L'art. 108, al. 3, C. Civ. devait recevoir la réserve suivante : « *La femme mariée a pour domicile celui de son mari à moins que l'obligation légale de cohabitation n'ait pris fin ou qu'il soit constaté par le juge de paix du dernier domicile commun que la cohabitation a cessé par la faute du mari* »⁶. Cette rédaction n'a pas été adoptée par la Commission Sénatoriale. On devra en conclure que la femme même autorisée à résider séparément (ci-dessous § 2, B) restera domiciliée chez son mari.

Signalons enfin, sans y insister que, selon la jurisprudence⁷, la femme mariée, régulièrement autorisée à faire le commerce, peut avoir, en tant que commerçante, un domicile spécial.

Mais si l'art. 108 C. Civ. (et, par conséquent, la règle de la communauté de domicile entre époux) n'a finalement pas été modifié, en revanche, le droit du mari de choisir la résidence commune est soumis depuis la loi de 1938, à des règles que nous devons maintenant exposer.

§ 2. — LE CHOIX, PAR LE MARI, DE LA RÉSIDENCE DU MÉNAGE DEPUIS LA LOI DU 18 FÉVRIER 1938.

Nous avons vu⁸ que le droit de choisir la résidence du ménage n'appartenait au mari que sous la condition qu'il n'ait pas perdu la qualité de chef de la famille. Nous

(4) V. sur ce point : M. ANCEL, op. cit., p. 80 et s.

(5) L'art. 213 C. Civ., dans le premier projet, était ainsi conçu : « Les époux sont tenus de vivre en commun ; le mari a le choix de la résidence du ménage ».

(6) Exposé de M. ROUAST. Bull. 1935, p. 55 et s.

(7) V. PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. I, n° 579.

(8) Cf. ci-dessus Section I, § 2, B.

allons voir que ce choix est, en somme, soumis au contrôle de la justice, puisque la femme possède un recours contre la décision du mari sur ce point.

Indiquons d'abord quelle est la **procédure** prévue pour ce recours de la femme; nous chercherons ensuite quel peut en être le **résultat**.

A. La procédure du recours de l'art. 213 C. Civ.

Il s'agit d'une procédure devant le Tribunal Civil et non devant un juge (référé), mais le Tribunal statue en Chambre du Conseil et non en audience publique, ce qui évite toute publicité qui pourrait être blessante pour les époux et fâcheuse pour leur union qui se révèle déjà assez fragile.

L'assistance judiciaire est accordée de plein droit à la femme qui en fait la demande en vue d'exercer ce recours (art. 216, al. 5, C. Civ.).

Le Ministère Public doit être entendu en ses conclusions comme c'est la règle lorsque la cause intéresse les femmes mariées non autorisées (art. 83-6° C. Pr. Civ.) ⁹.

Notons que le Tribunal compétent est, sans doute, celui dans le ressort duquel la résidence conjugale se trouve placée ¹⁰. Mais précisément on se trouve, par hypothèse, au moment d'un changement de la résidence du mari. Quel lieu faut-il considérer ? l'ancien ou le nouveau ? il semble plus logique de considérer l'ancienne résidence puisque la femme ne sera peut-être jamais tenue d'habiter l'autre. D'ailleurs, il semble que *fixation de la résidence* ne signifie pas *déménagement déjà effectué*, si l'on veut; et il semble que la femme, le plus souvent, aura à se plaindre d'un projet de changement de résidence non encore effectif. Mais il arrivera aussi que le Tribunal compétent sera celui de la nouvelle résidence lorsque la

(9) L'art. 83, 6°, C. Pr. Civ. n'a pas été modifiée par la loi du 18 février 1938.

(10) En général d'ailleurs, il y a concordance entre le domicile conjugal et la résidence commune.

femme n'aura exercé son recours qu'après un certain temps.

La femme, sans autorisation, puisque l'art. 217, C. Civ. est abrogé, présente une requête au Tribunal et le mari est cité à comparaître pour fournir ses explications et justifier le choix qu'il aura fait de telle ville ou de telle maison pour résider. Il invoquera le plus souvent l'intérêt de ses affaires qui nécessitent sa présence ici ou là ou encore l'état des ressources du ménage, ou enfin des considérations le touchant plus personnellement.

Le Tribunal aura à décider si son choix est ou non abusif, en se plaçant au point de vue de l'intérêt du ménage en général et il est évident que la formule vague employée par la loi laisse aux juges du fond un très vaste pouvoir d'appréciation.

B. Le jugement.

Lorsque les juges se seront ainsi forgé une opinion, le jugement qu'ils rendront fera droit aux prétentions de la femme ou bien au contraire l'en débouterà.

Si le Tribunal juge qu'il n'y a pas *abus*, le devoir de cohabitation se trouve confirmé pour la femme en ce sens qu'elle ne peut légalement rien faire d'autre que d'aller habiter avec son mari où qu'il soit : en réalité le devoir de cohabitation n'a jamais cessé d'exister, car, ou bien ni la femme ni son mari n'étaient encore installés dans la nouvelle habitation (il s'agissait d'un simple projet), ou bien la femme ne forme son recours qu'après un certain temps de cohabitation : dans un cas comme dans l'autre, la femme était tenue d'habiter avec son mari. Lorsque son recours a été repoussé, la femme se trouve, à ce point de vue, exactement dans la même situation qu'avant la loi du 18 février 1938. Mais il semble bien que rien ne sera de nature à l'empêcher de former un nouveau recours, si elle peut invoquer d'abord un nouveau changement de résidence (cela va de soi) ou même une amélioration ou une aggravation dans la situation pécuniaire

de la famille ou toute autre circonstance de famille (naissance d'enfants, révélation de mauvaise santé, etc...). L'abus, en effet, ne datera que des faits nouveaux et pourra être retenu par le Tribunal. En somme, on pourrait presque dire que le mari, quand il fixe la résidence du ménage, est *soumis au contrôle permanent de la justice*.

Si au contraire les juges estiment que le mari a abusé de son droit, quelle peut être leur décision ? l'autorisation de séparation de résidence accordée à la femme paraît le seul résultat logique du recours. Ce résultat est-il *certain* et, si oui, n'est-il pas *très dangereux* ?

a) *Le résultat du succès du recours est-il certainement l'autorisation de résidence séparée ?*

La loi ne nous le dit pas; mais il semble bien, puisque le Tribunal reconnaît que le mari *a abusé* du droit de fixer la résidence commune, qu'après cette décision, le devoir de cohabitation doive légalement cesser pour la femme¹¹.

Le jugement, sur le recours de la femme de l'art. 213, C. Civ. aura le même effet que l'ordonnance de résidence séparée qui est un des premiers actes de la procédure en divorce ou en séparation de corps et cette similitude montre, précisément, nous le verrons, le très grand danger de ce recours de la femme : s'il réussit, les époux ne vivront plus ensemble. Il y aura séparation légale de résidence; bien que théoriquement le mariage reste intact, pratiquement, neuf fois sur dix, les époux ainsi séparés ne tarderont sans doute pas à divorcer.

Cette solution logique peut encore s'appuyer sur un argument de texte : dans le projet élaboré par la Société d'Etudes Législatives, l'art. 213, C. Civ. avait reçu, au cours de la séance du 8 mars 1933, la rédaction suivante : « *Les époux choisissent ensemble le lieu de la résidence du ménage. En cas de désaccord, le choix appartient au*

(11) M. SAVATIER ne semble pas l'admettre. Cf. « Les lois nouvelles », 1938, 1^{re} partie, p. 59.

mari, sauf recours de la femme mariée devant le Président du Tribunal qui pourra l'autoriser à avoir une résidence séparée »¹². Cette rédaction, qui différerait du texte actuel en ce sens que le recours était porté devant le Président du Tribunal, présentait l'avantage d'indiquer clairement l'issue du recours. Bien qu'elle n'ait pas été retenue, il semble bien que le législateur ait adopté entièrement les conceptions de la savante Société. Bien plus, il a fait siens les termes mêmes de l'art. 213 C. Civ. tel qu'il a été de nouveau proposé par la Société le 2 mai 1933.

Si, basée à la fois sur la logique et sur l'opinion de la Société d'Etudes Législatives, l'autorisation de résidence séparée apparaît comme une *issue possible du procès*, en est-elle la seule ?

Il paraît certain que le Tribunal ne peut pas obliger le mari à changer de résidence ou lui défendre d'en changer selon que le recours de la femme intervient avant ou après le changement. Il faudrait, pour assurer les droits de la femme, qu'il fixe lui-même un lieu d'habitation au mari, et cette atteinte de la liberté du mari et à l'une des prérogatives du chef de la famille paraîtrait blessante et de plus, singulièrement choquante, puisque le juge, saisi par l'époux qui a formé une instance en divorce ou en séparation de corps, d'une demande de résidence séparée ne doit plus, depuis la loi du 18 février 1938, fixer, s'il s'agit de la femme, le lieu de sa résidence provisoire : on ne peut guère concevoir que le Tribunal puisse, en dehors de toute action en divorce, fixer, et cela pour le mari, un lieu de résidence. L'inégalité que nous avons signalée et que la loi nouvelle a fait disparaître¹³, serait rétablie mais aurait changé de sens et pèserait maintenant sur le mari. Cette mesure serait inexplicable.

Le Tribunal pourrait-il condamner le mari à réparer le préjudice causé à la femme par un abus de droit ? Préjudice matériel (habitation insalubre), ou préjudice moral

(12) V. Exposé de M. RENOULT, J. O., D. P., Sénat 1937, p. 348.

(13) Cf. ci-dessus, Section I, § 1, C.

(habitation indécente) ? La réponse affirmative ne fait guère de doute, mais si des dommages-intérêts liquident ce passé, il resterait à régler l'avenir et la question reste entière.

Certains commentateurs de la loi nouvelle se sont posé la question du résultat du recours de la femme : ils ne parlent que d'autorisation de séparation de résidence.

Une note anonyme au Sirey¹⁴ nous dit : « *Ce droit accordé à la femme pour le cas de contestation sur la fixation de la résidence du ménage présente un caractère exceptionnel. En principe, la femme n'aura pas de recours devant les tribunaux contre les décisions que le mari prendra en qualité de chef de famille..... On peut se demander si, par le moyen d'un recours relatif à la détermination de la résidence, la femme pourrait empêcher le mari de fixer son domicile en un lieu déterminé. Par exemple, un homme marié se décide à entrer dans la magistrature coloniale. Sous prétexte que, par suite d'une nomination, il est obligé de résider au Sénégal, la femme pourra-t-elle former un recours devant le Tribunal en se fondant sur l'art. 213 al. 2, C. Civ., et se faire dispenser de l'obligation de résider avec son mari domicilié au Sénégal ? Lui accorder un tel droit ne serait-ce pas porter une atteinte grave au droit du mari de choisir librement sa profession ? Le législateur ne paraît pas avoir aperçu cette difficulté* ».

On peut estimer qu'il l'a sans doute aperçue et qu'il a voulu que la femme pût être autorisée à ne pas résider avec lui. Ce n'est pas au droit du mari de choisir sa profession, mais plus précisément à l'unité du ménage que l'art. 213 nouveau permet de porter atteinte.

Dans le Répertoire général pratique du Notariat¹⁵, le rédacteur se demande, lui aussi, quels sont les pouvoirs du Tribunal. Il lui semble qu'il ne pourra pas fixer lui-même la résidence commune, mais si le mari, qui doit

(14) Sirey 1938.5.724, note 3.

(15) V. n° du 15 avril 1938, 2^e partie, p. 82 et s.

être entendu, persiste dans son choix, il semble que le Tribunal pourra autoriser la femme à résider séparément. Et le rédacteur de cette étude rappelle les travaux de la Société d'Etudes Législative dont nous avons parlé. Le texte de l'art. 213 C. Civ. ne parle pas de résidence séparée : « *cette précision n'a pas passé dans le texte définitif, mais il ne paraît pas que le législateur ait eu une volonté contraire* » (op. cit., p. 84).

M. Esmein aussi admet que le recours de la femme aboutira à un permis de résidence séparée, mais il fait deux observations importantes.

1° La femme, bien que résidant séparément, *reste domiciliée légalement chez son mari* (art. 108, C. Civ.).

2° Le devoir d'entretien de l'art. 214 C. Civ. qui en temps normal, lorsqu'il y a cohabitation, se règle par le jeu du mandat domestique, pourra s'exécuter au moyen d'une *pension alimentaire*. Mais si le Tribunal ne règle pas ce point, peut-être devra-t-on admettre que le mandat domestique persiste; puisque la jurisprudence en décide ainsi en cas de séparation de fait, on devra décider de même, *a fortiori*, en cas de séparation légale de résidence.

b) Résidence séparée, pension alimentaire, on est très près de la procédure du divorce et c'est ce qui fait *le danger de cette mesure*, danger sur lequel nous devons un peu insister.

S'il y a des enfants on peut penser que le Tribunal voudra aussi régler leur situation et dire qui en aura la garde et, pour peu que des mesures soient ordonnées en vue de la conservation du mobilier, qui restera entre les mains du mari (inventaire et apposition de scellés), toutes les mesures que l'on aura prises seront à peu près exactement les mêmes que celles qui interviennent au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps.

Cette innovation présente sûrement des avantages et aussi des inconvénients. Commençons par ceux-ci.

Il est certain d'abord que la séparation de fait (ou plutôt la séparation malgré la persistance du mariage) sera désor-

mais légalisée en quelque sorte. De plus, on peut dire que les mesures prises par le Tribunal risquent d'être définitives car elles constituent une fin; en matière de divorce, étant donné leur caractère provisoire, on passe plus facilement sur les discussions et dissensions dont elles sont la cause (difficultés dans le règlement de la pension alimentaire, dans les modalités de la garde des enfants). Ici au contraire, les rapports entre époux en souffriront plus.

Mais on peut faire valoir en faveur de l'art. 213 C. Civ. diverses considérations.

En obligeant les ménages à passer par le Tribunal, on diminuera sans doute les séparations de fait : il est probable que souvent le mari sera mis à la raison par les Magistrats. En tous cas on soumettra la séparation de fait au contrôle de la justice, ce qui n'est pas blâmable.

Si les époux ne sont pas assez désunis pour rompre les liens du mariage et se contentent de demander à vivre séparément, il y a des chances de réconciliation bien plus nombreuses qu'au cas de séparation de corps et les inconvénients, certains, des mesures provisoires se feront souvent sentir moins longtemps ici que pendant la procédure de divorce qui n'est pas expéditive.

Et d'ailleurs ne faut-il pas approuver le législateur d'avoir permis aux époux de vivre séparément tout en étant en règle et avec la loi et avec les convictions religieuses qu'ils peuvent avoir touchant l'indissolubilité du mariage ¹⁶ ?

Les avis seront sans doute partagés sur la valeur du nouvel art. 213. C. Civ. Pour conclure, nous dirons ceci : la possibilité du recours de la femme doit être approuvée comme apportant un frein aux fantaisies et aux caprices du mari; mais la séparation de résidence, qui en est le résultat, consacre légalement la mésintelligence du ménage; l'intérêt de la famille exige, croyons-nous, que le recours de la femme et que le jugement de séparation de

(16) Surtout depuis la loi du 6 juin 1908 (art. 310 C. Civ.) sur la conversion de la séparation de corps en divorce.

résidence constituent autant de menaces pour le mari et l'incitent à se montrer conciliant soit avant toute procédure, ce qui est sûrement préférable, soit devant les juges dont le rôle sera d'aboutir à un accord entre les deux époux.

SECTION III.

L'OPPOSITION DU MARI A L'EXERCICE PAR LA FEMME D'UNE PROFESSION SEPARÉE

Deux remarques préliminaires doivent ici être faites : la première a trait à la *place* que nous avons donnée à l'art. 216 C. Civ. dans un chapitre consacré à la puissance maritale; la seconde à l'*histoire législative* de cet article.

I. L'examen de l'art. 216 C. Civ., objet de la présente section, aurait pu trouver place dans notre Chapitre II où sera étudiée la capacité de la femme mariée. On peut y voir une exception, et sans doute une des plus importantes, au principe du libre exercice de la capacité civile de la femme mariée, principe consacré par le nouvel art. 215 al. 1 C. Civ. De ce principe, on doit déduire que la femme, bien que mariée, est libre, vis à vis de son mari d'exercer telle profession qu'il lui plaira. Mais à cette règle générale, l'art. 216 C. Civ. apporte précisément une exception :

« *Le mari peut, sauf dans les cas prévus par le troisième alinéa de l'article 213, (sauf si la qualité de chef de famille a cessé d'exister à son profit) s'opposer à ce que la femme exerce une profession séparée* » (art. 216, al. 1, C. Civ.).

Et puisque l'alinéa 2 de l'art. 215 C. Civ. prévoit que des *limitations légales* peuvent restreindre l'exercice par la femme de sa capacité, on pourrait à bon droit voir dans l'art. 216 C. Civ. l'une de ces limitations et c'est ce

que font en général les commentateurs de la loi du 18 février 1938.

Pourtant, trois raisons nous ont conduit à examiner l'art. 216 C. Civ. à propos de la puissance maritale et non à propos de l'incapacité de la femme mariée :

1° En agissant ainsi, nous avons cru mieux faire ressortir le *caractère* du droit du mari : il s'agit bien d'une de ses prérogatives essentielles dont il jouit en qualité de chef de famille. La preuve en est que son droit est perdu lorsqu'il a perdu cette qualité (art. 216, al. 1). Dans ce cas, il est bien certain que la femme devient entièrement libre; le Tribunal ne saurait user d'aucun droit de veto.

2° S'il en est ainsi, c'est parce que la femme qui veut exercer une profession non commerciale n'a pas besoin d'autorisation, ni du mari, ni de justice à défaut de la première; et en plaçant l'art. 216 C. Civ. dans ce chapitre, nous avons cru mieux faire sentir le changement de *technique* qu'il représente vis à vis de l'art. 4 C. Com. D'un côté, *liberté sauf opposition* du mari dans l'intérêt de la famille; de l'autre, nécessité du *consentement préalable* du mari ou, à défaut, de justice¹. Et il nous a semblé peu logique de traiter côte à côte l'art. 216 C. Civ. et l'art. 4 C. Com. qui édictent, du moins dans leurs principes, des règles diamétralement opposées.

3° Enfin, il nous a paru préférable de réserver le terme de « capacité » pour désigner l'aptitude à accomplir des actes judiciaires et extrajudiciaires, des actes « *accomplis uniquement pour réaliser un ou plusieurs effets de droit* » (Planiol et Ripert). Or, le choix d'une profession, s'il a pour conséquence normale l'accomplissement d'actes juridiques, n'est pas souvent, par lui-même, un acte juridique. Par conséquent, et dans le but d'employer une *terminologie* qui nous semble *plus exacte*, nous avons préféré parler ici de restriction à la liberté de la femme, plutôt que d'incapacité véritable. D'ailleurs les

(1) Réserve faite des divergences touchant l'autorisation de justice supplétive.

restrictions à la capacité de la femme ne peuvent résulter que de la loi (art. 215 nouv.). Il y aurait ici une incapacité résultant de la volonté du mari, du droit de veto, légal, certes, mais dont le mari doit user *motu proprio*.

De plus, on peut envisager le cas, rare sans doute, où l'activité de la femme en dehors du ménage porterait atteinte aux intérêts de la famille et où pourtant il n'y aurait aucun acte juridique de la part de la femme. Une femme peintre, par exemple passerait ses journées à peindre des tableaux mais ne tirerait aucun revenu de son activité : il n'y aurait pas *profession* au sens habituel du mot². Si le mari s'opposait à son activité, il n'y aurait sûrement pas incapacité, mais restriction à la liberté.

II. Si le droit de contrôle du mari est *limité* dans le texte de la loi, à l'exercice par la femme d'une profession séparée, son domaine était beaucoup *plus étendu* dans les divers projets.

Celui du 23 juin 1932 était ainsi conçu : « *Le mari peut demander au tribunal civil du domicile commun ou, s'il y a lieu, du domicile de la femme*³, *d'apporter à l'exercice de la capacité de celle-ci les restrictions justifiées par l'intérêt du ménage* » (art. 216, al. 1).

Cette mesure était justifiée dans l'Exposé des Motifs où nous lisons⁴ « *il a semblé bon enfin de réserver au mari dans l'intérêt du ménage et de la femme elle-même, la possibilité de demander au tribunal de restreindre la capacité donnée à la femme. Il faut tenir compte de ce que toutes les femmes ne sont peut-être pas encore aptes à jouir de la plénitude de leurs droits. La mesure envisagée permettra de corriger en pratique, les abus révélés par l'expérience* ».

(2) V. note de M. LAGARDE, sous Versailles 9 mars 1937, Rev. trim. Droit Civ. 1937, p. 601 et s., où la distinction est faite entre l'activité professionnelle dont on ne tire aucun subside et la profession proprement dite.

(3) Ce projet modifiait en effet l'art. 108 C. Civ., nous l'avons vu dans la section précédente.

(4) J. O., Doc. Parl., Sénat 1932, annexe n° 594.

Le second projet, du 24 juin 1933⁵ issu des délibérations de la Commission de Législation du Sénat conservait le texte du premier, mais ajoutait ces mots « ...ou de lui interdire d'accomplir tout acte préjudiciable aux intérêts de la famille ». Et dans le rapport qui accompagnait les textes, M. Renouit, après avoir indiqué que le système du consentement du mari à l'exercice par la femme d'une profession était abandonné pour celui du veto, déclara : « *C'est donc cette opposition éventuelle qu'il s'agit d'organiser. Le texte de l'art. 216 tel qu'il est proposé nous paraît assez large pour prévoir ce cas puisqu'il vise de façon très générale le retrait ou la restriction par le Tribunal des pouvoirs nouveaux reconnus à la femme et que son dernier alinéa décide même que « en cas d'urgence, le Président du Tribunal peut, par ordonnance de référé, donner au mari l'autorisation de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec les tiers ».* Néanmoins, étant donné que l'alinéa 1 ne prévoit qu'une déchéance plus ou moins complète de la capacité et que le dernier alinéa ne paraît se référer qu'à des actes isolés et de nature patrimoniale, nous croyons préférable, tout en maintenant ce dernier alinéa, de compléter ainsi le premier ».

Il semble, d'après ces paroles, que l'addition faite à l'art. 216, al. 1 C. Civ. devait viser spécialement l'exercice par la femme d'une profession séparée. Peut-être eût-il été plus clair de le dire expressément.

Ce qu'il faut retenir de ces deux projets, c'est d'abord le *champ d'application très étendu* qui y était donné au droit de contrôle du mari; c'est ensuite la *procédure* prévue pour l'exercice de ce droit. C'est le mari qui devait actionner la justice.

La suite de l'article était par ailleurs la suivante :

« *Le Tribunal statue en chambre du conseil, en présence de la femme ou elle dûment appelée, le Ministère Public entendu* » (alinéa 2).

(5) J. O., Doc. Parl., Sénat 1933, annexe n° 404.

L'alinéa 3 s'occupait de la publicité et l'alinéa 4 prévoyait une procédure de référé en cas d'urgence.

Comment, à ce double point de vue, champ d'application et procédure, le changement a-t-il été effectué ?

a) Un amendement déposé par M. Pernot et accepté en première lecture pour servir de base aux délibérations de la Commission, réalise d'abord le *changement de procédure*. Le mari peut, *motu proprio*, s'opposer à l'exercice d'une profession par sa femme et *c'est à elle de saisir la justice* : les rôles sont renversés.

b) Le même amendement *restreint le champ d'application* de l'art. 216 à *l'exercice d'une profession par la femme*.

Le texte proposé dans le rapport du 18 février 1937, consacre cette double modification et dans l'Exposé qu'il fit au début de la seconde délibération, M. Renoult nous éclaira de cette façon :

« Une controverse s'est produite au sein de la commission de législation sur le point de savoir à qui des deux époux revenait l'initiative de porter devant le Tribunal le recours qui est ouvert, ou contre le choix téméraire ou malencontreux d'une profession par la femme, ou bien contre une opposition faite témérairement ou malencontreusement par le mari au choix de la femme.

Les deux opinions ont été soutenues, et finalement l'amendement de M. Pernot, qui ouvre au mari le droit d'opposition et qui comporte le recours donné à la femme contre cette opposition, a été adopté par la commission de législation, à la majorité.

Enfin, messieurs, avant d'en finir avec l'article 216, je dois indiquer qu'une modification importante a été apportée à cet article par la commission. L'ancien article 216, par ses alinéas 1 et 2 autorisait le mari à demander au Tribunal des restrictions générales de la capacité de sa femme. Ces deux alinéas sont supprimés. La Commission a pensé en effet qu'indépendamment des prérogatives données au mari, et que je viens d'analyser de-

vant le Sénat, il convenait seulement de lui laisser la possibilité, dans des cas graves, d'une demande en dation de conseil judiciaire ou d'une demande d'interdiction. »

Nous sommes à peu près arrivés au texte définitif; il sera obtenu par l'adjonction de trois amendements; deux émanent de M. Lefas : ils ont pour objet : le premier, de retirer au mari son droit de veto lorsqu'il a perdu la qualité de chef de famille; le second de préciser que « *l'opposition valable du mari est une cause de nullité des engagements professionnels de la femme.* » Le dernier est dû à M. Milliès-Lacroix et décide que l'assistance judiciaire sera accordée d'office à la femme qui en fera la demande en vue de l'exercice de ce recours (comme de celui que prévoit l'art. 213 C. Civ.)

L'article 216 C. Civ., tel qu'il résulte de ses divers amendements, parle de *profession* sans préciser autrement. Est-ce que le système qu'il institue fonctionne pour toute espèce de professions, commerciale ou non commerciale ? (§ 1) Le genre de professions auxquelles s'applique l'art. 216 C. Civ. étant connu, le droit de veto du mari peut-il s'exercer à l'encontre d'une profession déjà ancienne ou bien ne peut-il s'exercer qu'à l'encontre d'une profession nouvellement choisie ? (§ 2) Après avoir essayé de préciser ainsi l'application dans l'espace et dans le temps de l'art. 216 C. Civ. nous exposerons (§ 3) quelle est la procédure, quelles en sont les suites et quelle est la sanction du veto, reconnu justifié.

Sur ces diverses questions que pose le texte de l'art. 216 C. Civ., les travaux préparatoires sont souvent muets obscurs ou contradictoires. Elles sont complexes et il est à prévoir que de l'art. 216 C. Civ., naîtront de fréquents litiges. Ces difficultés d'interprétations ont d'ailleurs été mises en lumière par les travaux des premiers commentateurs de la loi : nous nous y reporterons souvent.

§ 1.— A QUEL GENRE DE PROFESSIONS S'APPLIQUE
L'ART. 216 C. Civ.

On a pris l'habitude de distinguer les professions commerciales des professions non commerciales. Aux termes de l'art. 1 C. Com. « *sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* », et les art. 632 et 633 C. Com. énumèrent les actes réputés *de commerce* par la loi. La liste des professions commerciales se trouve donc dressée indirectement, mais d'une façon précise, par le Code de Commerce et les professions qui ne comportent pas l'accomplissement habituel des actes prévus par la loi doivent être réputées non commerciales.

Quels intérêts s'attachent à cette distinction ? il y en a plusieurs, citons rapidement les plus importants.

1° Certaines obligations ne pèsent que sur les commerçants : inscription au registre du commerce, tenue des divers livres de commerce, publicité du contrat de mariage.

2° Seuls les commerçants — ou anciens commerçants — sont électeurs et éligibles aux Tribunaux et aux Chambres de Commerce.

3° Seuls les commerçants peuvent être déclarés en faillite ou en liquidation judiciaire.

4° S'il y a, au point de vue du droit de contrôle du mari, une différence de traitement entre la femme commerçante et la femme non commerçante, c'est un nouvel intérêt à la distinction. Cette différence existe aujourd'hui, comme nous allons le voir.

1. — Mais quel était le régime **sous l'empire du Code Civil** ?

Seul était prévu expressément le cas de la femme commerçante, ou marchande publique (le sens est indénique) ; « *la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari* » (art. 4 C. Com.). Puisque la loi

ne parlait pas d'autorisation, mais seulement de *consentement*, terme plus compréhensif et moins précis, il semblait que l'on pouvait se contenter d'un consentement tacite et, en tous cas, exempt de formes. C'est ce que décidait la jurisprudence (V. Cas. Civ., 7 mars 1922, D. P. 25. 1. 136).

Quant aux professions non commerciales, il était généralement admis qu'on devait leur étendre les art. 4 C. Com. et 220 C. Civ. Il suffisait du consentement tacite du mari; mais ce consentement était révocable; « *le mari ne peut abdiquer son contrôle et aura toujours le droit d'intervenir lorsque la liberté laissée à la femme risque de nuire aux intérêts des enfants ou même aux siens propres* »⁶

Remarquons déjà que ce système du consentement tacite révocable a un effet sensiblement analogue à celui de la liberté, sauf opposition; dans les deux cas la femme a un recours : dans le premier cas, c'est pour solliciter l'autorisation de justice — réserve faite des discussions sur la possibilité d'agir ainsi —; dans le second, c'est pour faire juger *non valable* l'opposition du mari.

La jurisprudence a souvent reconnu ce droit pour le mari de s'opposer à l'exercice d'une profession ou, si l'on veut, de révoquer son consentement. Les espèces sont intervenues à propos d'engagements de théâtre; c'est le signe que la profession d'actrice ou de *vedette*, pour employer un mot plus récent, se révèle particulièrement dangereuse pour l'honneur ou le bonheur du mari et de la famille (V. Paris, 4 mars 1903 D. 03.2.144; V. Paris 2 mars 1887. S. 87.2.117; de même Trib. Civil Seine 30 avril 1930 : Revue de D. Int. Privé, 1930 p. 461 : dans cette dernière espèce, sur laquelle nous aurons à revenir, il s'agit du procès intenté par M. Nelson Morris à MM. Dufrenne et Varna qui, au mépris de son opposition, avaient fait paraître, sur la scène de leur music-hall, sa femme, la célèbre vedette de la chanson, Jeanne Aubert).

Il est certain que la nécessité d'obtenir le consente-

(6) PLANIOL, RIPERT et ROUAST, Traité prat., t. 2, n° 385.

ment du mari pouvait embarrasser certaines femmes⁷; or, elles devaient bien l'obtenir, sinon, les engagements par elles contractés ne pouvaient, sous le régime de communauté, être exécutés ni sur les biens du mari, ni sur les biens communs. La loi du 13 juillet 1907, a eu pour but d'améliorer la condition des femmes exerçant une profession séparée; elle leur a donné une large capacité en même temps que de larges pouvoirs sur leurs *biens réservés*: mais elle n'a rien changé au système du consentement préalable nécessaire, ni au droit du mari de revenir sur son accord. Il faut noter d'ailleurs que le retrait d'autorisation ne paralysait pas les pouvoirs de la femme sur les biens réservés déjà acquis : il avait seulement pour effet de l'empêcher d'en acquérir de nouveaux. On peut remarquer enfin qu'en cas de refus ou de retrait d'autorisation, la femme pouvait toujours demander au Tribunal l'autorisation d'exercer le commerce avec ses biens réservés : en ce cas, bien entendu, ni le mari ni la communauté n'étaient engagés par les agissements de la femme.

Nous avons cru bon de signaler ici ces divers points pour souligner les inconvénients, malgré tout plus graves, du système du consentement préalable comparé à celui de la liberté de la femme, sauf opposition, aujourd'hui adopté.

2. — C'est qu'en effet, **depuis la loi du 18 février 1933** un fossé s'est creusé entre les deux genres de professions : tandis que les art. 4 et 5 C. Com. ont été maintenus, l'art. 216 C. Civ. admet, implicitement, le libre exercice d'une profession non commerciale, puisqu'il reconnaît au mari le droit de s'y opposer.

Pourrait-on dire que l'art. 216 C. Civ., qui ne spécifie pas le genre de professions auxquelles il s'applique, doit être considéré comme abrogeant tacitement les art. 4 et 5 C. Com. ? Autrement dit, cette différence de traitement pour les deux catégories de professions a-t-elle toujours été bien aperçue et voulue par le législateur et comment

(7) Notamment les femmes abandonnées de leurs maris.

peut-elle se justifier ? Nous allons examiner successivement ces deux points; l'intérêt de cet examen vient de ce que l'art. 4 C. Com. apparaît comme une des plus importantes restrictions légales à la capacité civile de la femme mariée (art. 215, al. 2); en effet, le rapporteur au Sénat l'a souvent affirmé, *l'essence de la réforme, c'est la suppression de l'autorisation du mari* : « *l'incapacité de la femme, a-t-il été dit, dont le siège actuel est précisément cette obligation imposée à l'épouse de rapporter le consentement de l'époux...* », et plus loin : « *la capacité, c'est-à-dire le droit pour la femme d'agir sans autorisation, est la règle* »⁸.

A. Le maintien de l'art. 4 C. Com. est-il certain ?

Il semble bien qu'au début des travaux, l'auteur du projet envisageait l'abrogation tacite de ce texte. L'exposé des motifs ne contient-il pas ces propos ?

« *La suppression du devoir d'obéissance entraîne notamment pour elle la liberté d'exercer un commerce ou une profession séparée sans le consentement de son mari* »⁹ et même, au cours de la 2^e délibération, le dialogue suivant ne fut-il pas échangé entre le rapporteur et M. Leblanc :

M. Renoult — « *...la femme est libre de choisir une profession ou un commerce, mais le mari a le droit d'y faire opposition...*

M. Leblanc — « *C'est une erreur... en matière commerciale l'autorisation doit être préalable, vous la maintenez préalable...*

M. Renoult — « *C'est en effet ce que décide l'art. 4 C. Com.; mais cet article est abrogé par le texte...*

M. Leblanc — « *C'est une erreur, M. le rapporteur, cela n'est pas dit dans la loi...*

M. Renoult — « *Eh bien, c'est une des dispositions sur lesquelles le Sénat aura à statuer, car selon la commis-*

(8) Rapport 24 juin 1933 précité.

(9) J. O., Doc. Parl., Sénat 1932, Annexe n° 594.

sion, il y a assimilation entre le commerce et la profession. » ¹⁰.

Il convient de remarquer d'ailleurs qu'entre l'Exposé des Motifs et la seconde délibération, M. Renoult prenant la parole au début de la première délibération (séance du 3 décembre 1936) déclara : « *Il est donc entendu que le lendemain du jour où cet article (215) aura été sanctionné par le Parlement, la capacité sera la règle, mais il est entendu aussi que rien n'est changé à l'art. 4 du C. Com.* » ¹¹; d'ailleurs, le texte proposé comportait, à l'art. 215 C. Civ., la réserve expresse de l'art. 4 C. Com. ¹².

En rapportant ces diverses déclarations, nous avons voulu seulement montrer que cette question du maintien de l'art. 4 C. Com. n'avait pas été réglée définitivement dès le début ni même dans la suite de la discussion, que nous ne pouvions pas trouver dans les travaux parlementaires une solution suffisamment sûre au problème qui nous occupe et qu'enfin il était à prévoir que des opinions divergentes pourraient se manifester dans la doctrine.

Pourtant, parmi les auteurs qui, à l'heure actuelle, se sont livrés à des études de la loi nouvelle, seul M. Bonnecase ¹³ conclut à l'abrogation implicite de l'art. 4 C. Com. par le nouvel art. 216 C. Civ. Voyons sur quelles raisons il fonde son opinion : nous chercherons ensuite celles qui plaident en faveur de l'opinion contraire quasi-unanime.

a) *Opinion en faveur de l'abrogation de l'art. 4 C. Com.*

1° M. Bonnecase se base d'abord sur les *déclarations de M. Renoult* à M. Leblanc que nous venons de rapporter. Nous avons montré qu'elles n'étaient sans doute pas l'expression d'une volonté bien arrêtée et bien constante du législateur.

2° L'art. 216 C. Civ., plus récent que le Code de Com-

(10) J. O., D. P., 1937 Sénat, p. 347.

(11) J. O., D. P., 1936 Sénat, p. 1551.

(12) Ibid., p. 1549 et 1550.

(13) *Mariage et régimes matrimoniaux*. Arthur ROUSSEAU, 1938; n° 47 et s., p. 115 s.

merce, domine forcément celui-ci par son principe général : il ne fait pas de distinction et doit s'appliquer à toutes les professions. Mais on conçoit très bien que les deux genres de professions soient traités différemment — nous le verrons plus loin. Cette différence a été aperçue au cours des travaux préparatoires et constatée dans le rapport Delattre¹⁴. On ne peut guère, au surplus, parler d'abrogation tacite, en principe, étant donné la rédaction de l'art. 215 C. Civ. et surtout la méthode de la loi¹⁵.

3° M. Bonnecase cite enfin un argument qui, si nous l'avons bien compris, plaide plutôt contre sa théorie. Selon lui, puisqu'on a supprimé la mention de l'art. 4 C. Com. dans l'art. 215 C. Civ., en spécifiant que cette réserve était englobée dans la formule de l'amendement Fourcade¹⁶, c'est que la profession commerciale rentre dans le nouveau droit commun en la matière (art. 216 C. Civ.), cet article constituant une des *limitations légales* prévues à l'art. 215 C. Civ. Il nous semble au contraire que cet incident de rédaction est une des meilleures preuves du maintien de l'art. 4 C. Com. à titre de limitation légale, séparée de l'art. 216 C. Civ.¹⁷.

b) *Opinion en faveur de la non abrogation de l'art. 4 C. Com.*

Sur quels incidents de rédaction ou sur quels arguments peut-on s'appuyer dès lors pour conclure que le maintien de l'art. 4 C. Com. a été voulu par le législateur ? Il en est plusieurs.

1° Aucun des deux projets ne portait, à l'art. 215, C. Civ., la réserve expresse de l'art. 4, C. Com. Or, cette mention est portée dans le texte proposé aux débats du Sénat en décembre 1936¹⁸. Il a donc été reconnu, entre temps, que

(14) J. O., Doc. Parl., Chambre 1937, annexe 3.331.

(15) Cf. ci-dessus, ch. prélim., section I, § 3.

(16) J. O., D. P., Sénat 1936, p. 1569.

(17) Pour nous, nous l'avons dit, l'art. 216 n'est pas une restriction de capacité au sens strict.

(18) J. O., D. P., Sénat 1936, p. 1551.

cette adjonction était nécessaire pour que l'on ne puisse pas mettre en doute l'intention du législateur à cet égard.

2° Si la commission a accepté l'amendement Fourcade, qui a donné à l'article 215 sa rédaction définitive, c'est seulement pour alléger le texte et il a été entendu, M. Renoult l'a dit formellement, que l'expression *limitations légales engloberait l'art. 4, C. Com.*¹⁹.

3° Au cours de la seconde lecture, lors de la discussion de l'amendement Leblanc-Gautherot²⁰, la différence de traitement entre la femme commerçante et la femme non commerçante a été maintes fois mise en vedette pour être, d'ailleurs, combattue par les uns, approuvée par les autres. Il fut donc bien dans l'esprit du législateur de l'admettre.

B. Nous savons maintenant que l'on peut considérer comme non abrogé l'art. 4 C. Com. : cherchons **les motifs de son maintien**.

1° L'un deux, qui semble avoir été assez décisif dans l'esprit du législateur, a été indiqué en ces termes : « *il est certain*, déclara M. de Courtois, président de la Commission de législation du Sénat²¹, *qu'à l'occasion de situations commerciales, il peut se produire pour le mari des circonstances fâcheuses qui ne se produiraient pas à l'occasion de situations libérales* ». C'est une allusion à la mise en faillite ou en liquidation judiciaire de la femme commerçante.

On peut contester la valeur de ce motif. M. Pernot qui, dès la première délibération, avait déjà fait observer l'anomalie de cette différence de traitement, en avait cherché le motif²² : il avait conclu que la raison de cette différence était bien sans doute d'éviter les répercussions de la faillite de la femme sur la famille et le mari sans que celui-ci ait eu la possibilité d'empêcher l'événement en refusant son consentement; mais il faisait très juste-

(19) Ibid., p. 1569.

(20) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 355 et s.

(21) Ibid., p. 357.

(22) J. O., D. P., Sénat 1936, p. 1563.

ment remarquer qu'à côté des faillites matérielles, il y a des faillites morales, et que l'exercice d'une profession non commerciale peut aussi nuire aux intérêts de la famille, intérêts moraux et matériels. Il y a tout autant de raisons que le mari exerce, et dans les mêmes conditions, un contrôle sur l'activité professionnelle de sa femme quelle qu'elle soit; « *dans le cas de la femme non commerçante, il y a une question d'honneur qui vaut bien une question d'argent* » comme le fit remarquer M. Leblanc²³. Si l'on veut considérer l'intérêt moral du mari et de la famille, il ne semble pas que l'on puisse y trouver un motif suffisant pour maintenir la différence de régime entre deux situations non identiques mais analogues à ce point de vue.

Ces observations sont sans doute judicieuses. Seulement, avec ce raisonnement, on doit conclure non pas à l'abrogation de l'art. 4 C. Com., mais à la nécessité du consentement du mari pour toutes les professions. Il ne s'agit pas ici de savoir si le système de l'art. 216 protège suffisamment la famille : nous cherchons seulement si la nécessité du consentement, pour la profession commerciale, est justifiée : il nous semble que les dangers de la faillite peuvent être retenus comme motif.

2° Il en est un autre qui n'est pas basé, comme le précédent, sur des considérations de fond. On pourrait même presque dire que la raison tirée de la possibilité de la faillite est, plutôt qu'une raison déterminante, une explication après coup du maintien de l'art. 4 C. Com.; il semble en effet que le Sénat ait été d'avis de l'abroger. Nous connaissons les déclarations de M. Renoult. De plus l'Exposé des Motifs annonçait que des *projets seraient déposés* pour modifier les autres Codes ou lois en harmonie avec la loi nouvelle; il semble certain que l'art. 4, C. Com. aurait été abrogé; mais cela n'a pas été fait.

M. Pernot nous indique que, devant l'anomalie du maintien de l'art. 4, C. Com., il a bien eu l'idée d'en de-

(23) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 356.

mander l'abrogation, mais il a, dit-il²⁴, hésité à proposer par voie d'amendement l'abrogation d'un texte si capital qui entraînerait, d'ailleurs, la modification de nombreux autres textes.

S'il en est ainsi, si l'on doit être sûr, tout en affirmant son maintien, — provisoire, en quelque sorte, — que l'art. 4 C. Com. *est appelé à disparaître*, il faut mettre en lumière, comme l'a fait M. Pernot, la raison qui a motivé ce sursis, raison qui a fait hésiter M. Pernot.

3° Ce serait la suivante : à partir du jour où l'art. 4 C. Com. aurait été abrogé, *on ne pourrait plus empêcher la formation d'une société entre la femme et un tiers*²⁴; et cette situation serait sûrement contraire aux intérêts du ménage et de la famille.

Il y aurait un danger, c'est certain; mais il ne faudrait pas oublier que, s'il s'agit d'abroger l'art. 4 C. Com., il ne s'agirait pas de faire disparaître l'art. 216 C. Civ. nouveau. A ce moment, la profession commerciale cesserait de faire exception à l'art. 216 C. Civ. et le système du veto lui serait applicable. Le mari aura donc en mains une arme pour se défendre et défendre la famille contre les entreprises de sa femme commerçante. Il n'y aurait même pas lieu de modifier l'art. 216 puisqu'il ne délimite pas les professions auxquelles il s'applique.

4° En réalité, la raison essentielle du maintien de l'art. 4 C. Com. paraît bien être celle-ci : si elle a été aperçue au cours des travaux préparatoires, elle n'a pas été clairement exprimée : nous la trouvons sous la plume de M. Julliot de la Morandière : « *cette exception (l'art. 4. C. Com.) au premier abord illogique, se justifie si l'on songe que la loi récente a conservé le régime légal de communauté et ne laisse, par la suite, à la majorité des femmes la jouissance d'aucun bien : pour que la femme commerçante puisse trouver du crédit, il fallait lui permettre, par le jeu de l'autorisation maritale, de continuer à engager les biens de la communauté et du mari* »²⁵.

(24) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 356.

(25) Chr. déjà citée, p. 26.

Donc, bien loin de constituer un reliquat regrettable de l'ancienne incapacité, l'art. 4, C. Com., qui n'est pas très gênant puisque le consentement du mari est exempt de formes et peut être tacite, augmente le crédit de la femme dans tous les cas du moins où elle est mariée sous la communauté, c'est-à-dire actuellement le plus souvent.

Notons enfin que, du moins sous le régime communautaire, la fonction du consentement du mari est double : grâce à lui, la femme devient *capable de faire le commerce* (art. 4) : *elle a le pouvoir d'engager la communauté et le mari* (art. 5) ²⁶.

Pour que le nouvel art. 216 C. Civ. soit applicable; il faut qu'il ne s'agisse pas, nous venons de le voir, d'une profession commerciale; mais son application, ainsi limitée dans l'espace — si l'on peut dire — ne reçoit-elle pas une autre limitation dans le temps en quelque sorte ?

§ 2. — L'OPPOSITION DU MARI EST-ELLE RECEVABLE SEULEMENT CONTRE LE CHOIX D'UNE PROFESSION NOUVELLE ?

Cette question, elle aussi, peut donner lieu et a en réalité donné lieu à des divergences d'opinions. Indiquons les divers motifs qui inspirent ces opinions.

A. On peut admettre d'abord que l'opposition du mari **pourra se manifester à tout moment** et à l'appui de cette première opinion, plusieurs arguments peuvent être invoqués :

1° Les *faits* nous en fournissent déjà.

Une profession peut très bien, en effet, ne se révéler préjudiciable aux intérêts de la famille ou du ménage, qu'après un certain temps d'exercice par la femme. Par exemple, celle-ci exerçait au moment du mariage un métier entraînant pour elle la nécessité de faire certains déplacements, elle était reporter dans un journal. Au mo-

(26) Sur les diverses fonctions de l'autorisation, cf. ci-dessous, ch. II, section I, § I, B.

ment du mariage et au cours des premières années d'union, les déplacements qui lui étaient demandés étaient peu nombreux et ne dépassaient pas un certain périmètre, assez réduit. Puis, quelques années plus tard, les obligations professionnelles de la femme l'obligent à des absences plus fréquentes ou plus prolongées. Il est possible que l'unité du ménage, la santé morale ou matérielle des enfants se trouvent alors, mais alors seulement en péril.

Il se peut aussi que le changement se produise non pas dans les obligations professionnelles mais dans les obligations familiales de la femme. C'est ce qu'a fort justement fait observer M. Fourcade : *« qu'il me soit permis de faire remarquer... que même quand une situation antérieure a existé à un moment donné, il peut arriver qu'à raison précisément des résultats qu'a donnés l'exercice de cette profession ou encore à raison de circonstances nouvelles survenues dans la vie du ménage, dans la composition familiale, dans le nombre des enfants, dans les charges particulières qui seront imposées à la femme, il puisse être de l'intérêt de la famille ou du ménage que le mari revienne sur l'autorisation qu'il avait précédemment donnée »* ²⁷.

On peut encore supposer, en dehors des cas où une circonstance nouvelle se manifeste, que le mari a mis un certain temps à s'apercevoir du danger, que ses yeux ne se sont pas ouverts immédiatement.

N'est-il pas injuste dans ces divers cas de le priver de son droit d'opposition, de le mettre dans l'impossibilité de remplir son rôle de chef de la famille, gardien des intérêts moraux et matériels de la famille ? M. Fourcade poursuit (ibid., p. 359) : *« je persiste à penser, avec le simple bon sens, qu'il peut arriver que le mari, après avoir accepté l'exercice d'une profession par sa femme, constate les résultats désastreux pour le ménage de l'exercice de cette profession qui nuit moralement ou matériellement à la famille. Est-ce que vraiment parce qu'un mari aura commis un jour l'erreur de consentir quelque chose dont il ne*

(27) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 358.

mesurait pas toutes les conséquences, il lui sera interdit, je ne dis pas au nom de son caprice, mais dans l'intérêt de la famille et du ménage, qui sont les seules raisons à son service, de revenir sur cette erreur ? Faut-il que ce soit une véritable erreur de Nessus dont il ne pourrait plus se dégager désormais ? »

2° A ces raisons fondées sur les faits et le simple bon sens, on peut ajouter certains arguments juridiques.

α) En matière commerciale, il est admis que le mari a toujours la possibilité de *révoquer son consentement* exprès ou tacite. M. Escarra l'admet²⁸, motif pris de ce que le mari ne peut renoncer à ses pouvoirs de chef (1388 C. Civ.). En règle générale, d'ailleurs, sous l'empire du Code Civil, l'autorisation du mari était *toujours révocable*²⁹. La femme possédait, il est vrai, un recours devant le tribunal. Les juges appréciaient les raisons invoquées par le mari et s'ils les trouvaient insuffisantes, ils autorisaient la femme à continuer son commerce. Tel était du moins l'avis presque unanime de la jurisprudence³⁰. Mais un recours semblable est précisément organisé par le nouvel art. 216 C. Civ. contre l'opposition du mari et l'on ne voit pas pourquoi il y aurait là une différence entre les deux catégories de professions puisque dans un cas comme dans l'autre il s'agit de protéger les intérêts du ménage ou de la famille. Rien n'empêche de raisonner par analogie et d'admettre que le mari peut s'opposer à tout moment à l'activité professionnelle de sa femme.

β) On pourrait encore — et cet argument ne nous paraît pas sans valeur — faire valoir le texte lui-même : l'art. 216 C. Civ. ne dit pas que le mari peut s'opposer *au choix d'une profession* ni même *à l'exercice d'une profession nouvelle*, mais seulement *à ce que la femme exerce une profession séparée*.

γ) Et cet argument — probant en lui-même — se trouve encore corroboré par un incident de rédaction survenu au

(28) Cf. Principes de droit commercial, op. cit.

(29) PLANIOL et RIPERT. Traité élém., t. I, n° 960.

(30) Ibid., n° 969.

cours de la seconde délibération. M. Milliès-Lacroix avait déposé un amendement³¹ dans lequel l'art. 216 était ainsi conçu : « *La femme a le droit d'exercer une profession séparée; le mari peut s'y opposer sauf s'il y a auparavant consenti, même tacitement. Si l'opposition du mari... etc...* » Cet amendement, non accepté par la Commission, fut repoussé par le Sénat.

δ) D'autre part, M. Renoult lui-même³² proposait la rédaction suivante : « *le mari peut s'opposer à ce que la femme exerce une profession séparée qu'elle n'exerçait pas auparavant* ». Cette proposition n'a pas été non plus retenue.

En réalité ces deux modifications de textes visaient le même but et devaient s'appliquer au même cas, car une *profession que la femme exerçait auparavant*, ce ne peut être qu'une profession pour laquelle le mari avait donné son *consentement même tacite*. Il s'agissait très probablement, aussi bien dans l'idée de M. Milliès-Lacroix que dans celle de M. Renoult, d'empêcher le mari de revenir, par l'exercice de son droit de veto, sur un consentement déjà accordé. Le cas de la femme exerçant sa profession avant son mariage ou même depuis, sans que son mari en ait eu connaissance, sans par suite, que l'on puisse interpréter son absence d'opposition comme un consentement tacite, n'est guère pratique; en rejetant ces deux additions, le législateur a très certainement voulu que le droit du mari ne fût pas limité dans le temps.

Il faut noter d'ailleurs que si la femme exerce son recours dans le cas d'opposition tardive du mari, ce retard pourra souvent peser en sa faveur : le mari a peut-être commis une faute en n'usant pas tout de suite de son droit et en laissant sa femme contracter des obligations professionnelles : peut-être pourra-t-il, à ce titre, être déclaré dans une certaine mesure, responsable et poursuivi par les tiers.

(31) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 357.

(32) Ibid., p. 358.

L'ensemble des travaux préparatoires est donc plutôt en faveur d'une non-limitation dans le temps du droit de veto du mari

B. Mais, malheureusement, ils ne sont pas absolument clairs sur ce point et l'on pourrait y trouver aussi des raisons pour décider — seconde opinion — que **l'opposition du mari ne peut s'exercer qu'au moment où la femme veut embrasser une profession nouvelle.**

1°) Certaines *déclarations de l'auteur* même de la loi ³³ sont très précises en ce sens et s'opposent absolument aux arguments de texte que nous avons indiqués en faveur de la solution contraire.

« *Bien entendu, il ne peut s'agir ici que d'une opposition à une profession nouvellement prise par la femme mariée...* » et encore : « *il est donc tout à fait normal de dire que l'opposition du mari ne peut s'exercer qu'à l'encontre d'une profession que la femme n'exerçait pas. Si elle l'exerçait antérieurement, soit avant le mariage, soit depuis, il y a eu au moins, de la part du mari, consentement tacite et dans ces conditions, son opposition ne paraîtrait pas recevable* ».

2°) A cet argument tiré des travaux préparatoires, on en ajoute un autre fondé sur les *faits*. Il représente, en somme, l'envers de la médaille : nous avons vu que l'intérêt de la famille et du ménage demandait que le droit de veto du mari ne soit pas limité dans le temps; mais il faut bien reconnaître qu'il en résultera une très grande insécurité pour la femme. Cet inconvénient a été largement souligné — à notre sens, trop largement.

« *Voilà donc une femme qui, du consentement de son mari prend une exploitation agricole, petite ou grande. Elle est obligée de faire appel au crédit, elle contracte des engagements. Sous le prétexte que le mari pourra changer d'avis sur le caractère de l'exploitation de sa femme, celui-ci peut-il, du jour au lendemain, l'interdire et, le cas*

(33) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 348.

échéant, mettre les tiers et la femme elle-même dans une situation difficile » ³⁴.

Cette manière de présenter la question est évidemment tendancieuse. Si le mari change d'avis, il devra justifier de *motifs suffisants* pour le faire et la femme n'est pas livrée à son arbitraire puisqu'elle a justement un *recours en justice*. Il reste néanmoins que l'opposition du mari, si elle est reconnue valable, apportera un certain trouble dans les relations professionnelles de la femme.

Au fond c'est une question de *conflit d'intérêts* : faut-il sacrifier l'intérêt des tiers et ceux de la femme en ce qui touche sa profession ou faut-il sacrifier les intérêts du ménage et de la famille, invoqués par le mari et reconnus par les Tribunaux : tout le problème est là.

Devant l'incertitude et l'obscurité des travaux préparatoires au cours desquels les opinions opposées ont été successivement exposées sans que de la discussion même, pas plus que de la rédaction du texte, nous puissions tirer un élément décisif dans un sens ou dans l'autre, tournons-nous vers les auteurs qui ont commenté la loi de 1938. En général, ils adoptent la seconde opinion et ils estiment que l'opposition du mari n'est possible que s'il s'agit d'une profession nouvelle.

Tel est l'avis exprimé dans le Répertoire du Notariat ³⁵ et dans le Journal des Notaires, sous la plume de M. Louis Maguet qui croit que « *ceci est bien dans l'esprit de la loi* » ³⁶.

M. Voirin est moins affirmatif, mais incline lui aussi vers cette solution : « *il ne semble pas que le mari puisse s'opposer à ce que la femme continue à exercer une profession* » ³⁷.

M^{es} S. Grinberg et O. Simon se décident elles aussi en faveur de cette opinion ³⁸.

(34) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 358.

(35) N° du 15 avril 1938, 2° partie, p. 82 et s.

(36) N° du 20 avril 1938, art. 39.663, p. 361.

(37) Notes parl., Rev. trim. D. Civil, 1938, p. 344.

(38) « Les droits nouveaux de la femme mariée », Paris, 1938.

M. Savatier ³⁹ croit que désormais « *le contrôle du mari ne peut s'exercer que préventivement* ». Il signale le changement : avant la loi de 1938, le mari pouvait user de son droit à tout moment; depuis, si l'on en croit les travaux préparatoires, il ne le pourrait plus.

La plupart de ces auteurs se basent sur certaines déclarations de M. Renoult (que nous avons rapportées) et sur celles de M. Delattre qui ne sont pas moins nettes : « *nous dirons... que le mari ne pourra faire opposition à la profession de sa femme que s'il s'agit d'une profession nouvellement prise* » ⁴⁰.

Ces déclarations constituent-elles un argument suffisant en face du texte, qui ne dit rien de tel, en face des intérêts supérieurs du ménage et de la famille ? nous ne le croyons pas et nous nous rangeons à l'avis de M. Esmein ⁴¹ et de M. Ancel ⁴² qui seuls à l'heure actuelle, à notre connaissance, admettent que, malgré les déclarations des rapporteurs, les termes de la loi obligent à décider que le mari peut revenir sur le consentement préalablement donné.

Incertitude des travaux préparatoires, désaccord dans la doctrine, que décidera la jurisprudence ?

L'art. 216 C. Civ. n'a pas encore, à notre connaissance, reçu d'application devant les Tribunaux et pour essayer de préjuger quelle sera leur décision, nous sommes obligé de raisonner par analogie.

Il semble bien que, jusqu'à présent, la jurisprudence admettait l'opposition du mari même s'il ne s'agissait pas d'une profession nouvelle.

Elle s'est surtout prononcée à propos de la profession d'artiste. Nous avons déjà indiqué ⁴³ qu'elle reconnaissait au mari le droit de s'opposer à ce que la femme contracte un engagement théâtral. Nous allons reprendre le jugement du Tribunal Civil de la Seine du 30 avril 1930 (Rev. de Droit Int. privé 1930, p. 461). Il nous montrera que l'oppo-

(39) Les lois nouvelles, 1938, N° 11, p. 59 et 60.

(40) Rapport, J. O., Doc. Parl., Chambre 1937, annexe n° 3331.

(41) Sem. jur., 20 mars 1938, n° 8 bis.

(42) Cf. « Traité de la capacité de la femme mariée », p. 85 et s.

(43) Cf. ci-dessus § 1, alinéa 1.

sition du mari, même si celui-ci avait jusqu'alors laissé sa femme exercer librement son métier, était recevable.

Le procès dont il s'agit opposait M. Nelson Morris aux directeurs du *Palace* qui, au mépris de son opposition, avaient fait paraître sa femme Jeanne Aubert sur la scène de leur music-hall. Plusieurs questions étaient soulevées, en particulier une question de droit international privé : M. Morris était sujet américain : pouvait-il invoquer l'art. 213 C. Civ. ? Nous n'insistons pas sur cette question qui excède notre cadre ⁴⁴.

Le mari de la vedette ne demandait pas l'annulation de l'engagement par elle contracté : il demandait seulement que soit respecté son droit de puissance maritale. Il obtint satisfaction.

Ses adversaires soutinrent :

« *Que M. Morris n'ignorait pas le passé d'artiste de music-hall et de cinéma de Mademoiselle Jeanne Aubert lorsqu'il l'a épousée, que cependant à aucun moment depuis son mariage, il n'a fait connaître son intention de la contraindre à abandonner sa profession; que bien au contraire Mlle Jeanne Aubert a conservé son nom de théâtre et a même signé divers contrats de music-hall au vu et au su de son mari; que celui-ci doit être considéré comme ayant autorisé sa femme à continuer l'exercice de sa profession...* ». Il est certain en effet que Jeanne Aubert avait le consentement tacite de son mari pour paraître au théâtre.. Et pourtant le jugement affirme « *que M. Morris restait toujours libre de refuser cette autorisation pour l'avenir* », ou plus exactement de signifier son retrait de consentement tacite.

Dans le conflit d'intérêts que nous avons signalé, le Tribunal a donné la préférence à l'intérêt du ménage « *il serait intolérable qu'une femme mariée pût braver publiquement en France l'autorité de son mari, même sujet étranger, une telle attitude, si elle était sanctionnée*

(44) V. sur ce point M. ANCEL, op. cit., p. 58 et s.

par l'impunité serait de nature à porter une grave atteinte non seulement à l'autorité personnelle de M. Morriss sur Mlle Jeanne Aubert, mais encore à celle de tous les maris français ».

C'est affirmer d'une façon non équivoque la *prééminence* que la jurisprudence reconnaît *aux intérêts des ménages et des familles*.

C'est l'affirmer dans un cas où l'intérêt opposé était de valeur : le jugement constate lui-même « *que Mlle Jeanne Perrinot s'était acquis sous le pseudonyme de Jeanne Aubert une notoriété rapide et justifiée...* ». Or une vedette « *de cette importance* » appartient un peu au public, à ses admirateurs, au théâtre. Si bien que ce n'est pas seulement l'intérêt professionnel de Jeanne Aubert qui a été sacrifié, ni seulement celui de ses cocontractants (ses directeurs) mais aussi celui du théâtre dans une certaine mesure.

Le Tribunal de la Seine a fait passer le respect de l'autorité maritale avant tout; *le mari peut à tout moment retirer son consentement*.

On peut prévoir que dans un cas analogue, la jurisprudence jugera de même malgré la loi nouvelle; cette loi, tout en accordant à la femme la liberté d'exercer toute profession, a réservé un droit de veto au mari; ce veto *devra remplir les mêmes fonctions que le retirait d'autorisation* avant la loi du 18 février 1938 : le changement n'est pas très grand en fait; avant 1938, le mari pouvait à tout moment retirer son autorisation; depuis 1938, il doit pouvoir exercer son veto à tout moment.

La femme ne sera pas livrée d'ailleurs à son *caprice* comme on en a manifesté la crainte⁴⁵, puisqu'elle peut, en exerçant son *recours*, faire *déclarer non valable* l'opposition du mari. Le contrôle de la justice donnera toutes garanties à la femme.

(45) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 358.

§ 3. L'OPPOSITION DU MARI; LE RECOURS DE LA FEMME;
LA SANCTION DE L'ART. 216 C. CIV.

L'enchaînement de la procédure est donc le suivant : le mari manifeste son opposition : la femme se soumet ou saisit le tribunal; celui-ci juge l'opposition du mari non valable ou valable : dans le second cas se pose la question de la sanction de l'art. 216 C. Civ. C'est cet ordre que nous allons suivre dans le présent §.

A. — L'opposition du mari.

Le mari, sauf lorsqu'il a perdu la qualité de chef de la famille, peut s'opposer à ce que la femme exerce une profession séparée; nous avons vu que cet article, de l'avis de presque tous les auteurs, n'était pas applicable à la profession commerciale (§ 1) et que — malgré les travaux préparatoires et contrairement à l'avis vers lequel penchent la plupart des auteurs — il nous semblait que cette opposition pouvait se manifester à tout moment (§ 2). Reste à savoir sous quelle forme elle doit se manifester et quels en sont les effets.

a) Formes de l'opposition.

La loi ne nous donne, sur ce point, aucune indication. S'il y a un exploit d'huissier, c'est de la date de la signification de cet acte authentique que partiront les effets de l'opposition vis à vis de la femme et vis à vis des tiers. Mais un exploit d'huissier n'est pas exigé par la loi.

Un mari peut-il se contenter d'une *opposition orale* ? La réponse à cette question sera aisée, au moins dans l'une des deux éventualités qui peuvent se présenter :

α) Si la femme *exerce un recours* contre une telle opposition, le mari sera appelé en justice; interrogé, il devra tout en en fournissant les motifs, réitérer son refus et cette déclaration en justice tiendra lieu d'exploit d'huissier.

Mais il ne semble pas douteux que les effets de l'opposition dateront seulement du jour de l'audience.

β) Si au contraire la femme *se soumet* et renonce à l'exercice de sa profession sur la simple opposition verbale de son mari, à partir de quel moment cette opposition pourra-t-elle être efficace ? Autrement dit, à partir de quelle date la femme et le mari (si la femme avait contracté une obligation exécutoire sur les biens communs) pourront-ils refuser l'exécution aux tiers ? On se heurte à de grandes difficultés de preuve, car c'est au mari de prouver son opposition ou à la femme de prouver l'opposition de son mari ; tous deux sont défendeurs à l'action des tiers et invoquent une exception : le fardeau de la preuve est pour eux. Il faut en conclure qu'une opposition verbale sera le plus souvent inefficace.

Notons enfin que l'opposition doit être signifiée aux tiers avec qui la femme est en relations de profession (V. à ce sujet proposition de loi Portmann. J. O., Parl., Sénat 1937, annexe N° 10, créant un *livret de capacité*). Ce sera simple si ce tiers est un employeur, patron, directeur, entrepreneur de spectacle. Sinon, il sera difficile de toucher les tiers et pourtant vis à vis d'eux l'opposition ne datera que de la signification.

Il semble qu'un avis dans les journaux ne suffise pas : la décision du mari doit être portée à la connaissance personnelle des cocontractants de la femme, par analogie avec ce qui est admis pour la révocation du mandat domestique.

Pour avertir les tiers, le mari pourra t-il se contenter d'une lettre recommandée dans les cas où il n'est pas passé par l'intermédiaire d'un huissier, intermédiaire le meilleur mais qui n'est sans doute pas obligatoire ? La loi n'ayant rien dit, rien ne semble s'opposer à ce qu'un mari fasse défense orale à sa femme et avertisse ses cocontractants par lettre recommandée.

b) Quant aux *effets de l'opposition*, on peut dire en gros qu'ils consistent dans l'annulation possible des engagements professionnels de la femme. La formule est vague et laisse bien des points dans l'ombre. Une remarque va nous permettre d'en renvoyer l'étude ci-dessous (C) ; ces

effets sont attachés à l'opposition *valable* et nous étudierons le sort des actes de la femme lorsque nous connaissons la suite de la procédure.

B. — Le recours de la femme.

La femme sans avoir besoin d'aucune autorisation a le droit de recourir au Tribunal lorsqu'elle a eu connaissance de l'opposition de son mari.

Le Tribunal compétent est le Tribunal Civil dans l'arrondissement duquel se trouve le domicile légal des époux, donc le domicile du mari, puisque la femme exerçant une profession n'en est pas moins domiciliée chez son mari (art. 108, al. 1 C. Civ.). Les deux époux sont convoqués et entendus dans la chambre du conseil. Le Ministère Public doit être entendu. Enfin lorsque la femme a sollicité l'assistance judiciaire en vue de l'exercice de cette action, elle doit l'obtenir obligatoirement.

Deux cas peuvent alors se présenter :

a) Le tribunal juge que les raisons invoquées par le mari *ne sont pas justifiées* par intérêt du ménage ou de la famille; il peut, sur la demande de la femme, l'autoriser à passer outre à cette opposition. En ce cas, les actes passés par la femme depuis le jugement, ou même depuis l'opposition sont pleinement valables. La femme n'a aucune crainte à avoir, mais il nous semble certain que le mari aura toujours le droit d'user à nouveau de son droit d'opposition, à condition, bien entendu, de respecter le principe de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire d'invoquer des moyens nouveaux, soit que ces moyens soient tirés de circonstances nouvelles, soit qu'ils n'aient pas été invoqués lors de la précédente instance.

Il faut remarquer d'ailleurs, que la femme ne sera vraiment tranquille que lorsque le délai d'appel sera expiré ou lorsque le jugement aura été confirmé par la Cour. Rien ne semble s'opposer, en effet, à ce que le droit d'appel existe et les effets du jugement ne se produiront que lors-

qu'il sera devenu définitif. Le pourvoi en cassation n'étant pas suspensif d'exécution n'empêche pas par conséquent ses actes d'être valables.

b) Si au contraire les explications du mari sont reconnues péremptoires, son opposition est *déclarée valable* et l'art. 216, al. 4 C. Civ. nous dit : « *l'opposition valable du mari est une cause de nullité des engagements professionnels de la femme* » ; nous nous trouvons alors en face de problèmes délicats.

Pour chercher quel peut être le sort des actes de la femme, il faudra distinguer selon leur date. Le législateur s'est borné à nous indiquer la sanction de l'art. 216. C. Civ., il n'en a donné aucune réglementation.

C. — La sanction de l'art. 216 C. Civ.

a) Actes passés par la femme *après la décision de justice devenue définitive*.

A partir de ce moment, il ne peut y avoir aucun doute puisque la loi le dit : les actes passés par la femme sont nuls ; mais quel est le *caractère de cette nullité* ? nous n'en savons rien.

Est-ce une *nullité relative*, et doit-on considérer la femme à qui son mari a interdit l'exercice de sa profession, comme redevenue partiellement incapable ou plus exactement comme soumise de nouveau pour partie à la puissance maritale ? En ce qui concerne l'exercice de sa profession, la femme se trouverait placée sous le régime d'avant la loi de 1938 ; bien plus, sa situation serait encore plus défavorable car elle serait sans remède : elle ne pourrait obtenir ni consentement du mari (qui a dit son avis) ni autorisation de justice (autorité de la chose jugée).

De plus, s'il en est ainsi, on se heurte à des difficultés très grandes puisque les textes où était prévue la nullité pour incapacité de la femme mariée ont été abrogés ou modifiés (art. 225, 1125, 1304 C. Civ.).

Est-ce dès lors une *nullité absolue* fondée sur la vio-

lation d'un droit de puissance, ou plutôt — puisque l'art. 213 C. Civ. a été changé — sur la méconnaissance d'une des prérogatives du mari, chef de la famille ? Cette seconde solution nous paraît mieux en harmonie avec les autres dispositions de la loi nouvelle (disparition de l'incapacité de protection tenant au sexe, donc de la nullité relative pour incapacité). En outre elle est logique si l'on voit dans l'opposition du mari plutôt une restriction à la liberté qu'à la capacité, ce que nous avons fait.

Seulement, il faut aller jusqu'au bout, et dire que cette nullité ne peut être ni confirmée ni prescrite, ou du moins qu'elle ne se prescrit que par trente ans ⁴⁶; que le mari seul peut l'invoquer, car seul il a intérêt à faire respecter sa prérogative de chef de la famille méconnue par la femme; la solution n'est pas plus satisfaisante.

Quelle est la solution la meilleure ? le texte de la loi, ou au moins les travaux préparatoires ou, faute de mieux, les principes généraux nous renseigneront peut-être.

Peut-on tirer un indice des *termes employés par la loi* ? il est vrai qu'elle ne dit pas que les actes passés par la femme seront *nuls de plein droit*, formule qui sert à reconnaître en général une nullité absolue (cf. par exemple art. 960 C. Civ.). Mais la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître des nullités de plein droit, même si la loi n'a pas employé cette formule (p. ex., art. 896, 908 al. 3, C. Civ. etc...). Et d'ailleurs elle ne dit pas non plus qu'il existe une action en nullité (comme dans l'art. 1117, C. Civ.), ni que les actes de la femme *pourront être annulés* (comme dans l'art. 503, C. Civ.), et l'on ne peut être sûr qu'il s'agisse d'une nullité relative : aucun indice dans le texte même par conséquent.

β. *Les travaux préparatoires* ne nous renseignent pas non plus d'une façon certaine. Une discussion très confuse s'est engagée à propos de l'amendement de M. Lefas qui constitue l'al. 4 de l'art. 216 ⁴⁷. On a parlé d'abord de *ré-*

(46) Cf. PLANIOL et RIPERT, op. cit. t. I, n° 339.

(47) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 360.

siliation des engagements de la femme; on a dit que l'opposition du mari rendra *sans effet* l'acte de la femme; on a dit que les actes de la femme postérieurs à l'opposition seront *annulés ou du moins annulables*. M. Pernot⁴⁸ a signalé que l'action en nullité durerait 30 ans. La lecture des débats nous apprend que les sénateurs n'ont pas envisagé la question exactement.

γ. Nous sommes bien forcés de nous reporter aux *principes généraux*. Ils nous inclineraient peut-être à choisir la nullité de plein droit pour deux raisons :

1° D'abord parce que la nullité de plein droit *est la règle*, tandis que la nullité relative est l'exception, exception qui doit résulter clairement d'un texte « *Si l'on ne se trouve pas dans un des cas exceptionnels où l'acte est simplement annulable, c'est qu'on est en face d'une nullité absolue* »⁴⁹.

2° Ensuite et surtout parce que le motif qui inspire la nullité ici n'est pas de ceux qui justifient la simple annulabilité il ne s'agit pas de *protéger* une personne dont le consentement a été vicié. Il ne s'agit pas de protéger un incapable, il nous paraît erroné de dire que la femme redevient incapable quand son mari lui interdit l'exercice de sa profession. En tous cas si l'on veut employer le terme, il faut lui donner un sens assez large ou tout au moins spécifier que la cause de cette incapacité n'est pas dans une idée de protection de la femme mais bien dans une idée de respect du rôle de chef de famille du mari.

Il faut d'ailleurs observer que les nullités de plein droit ne sont pas, en quelque sorte, automatiques, elles n'ont pas besoin d'être prononcées par le juge, mais il faut et il suffit qu'il constate la nullité.

C'est qu'en effet, en pratique, les choses se passeront ainsi : le mari qui, théoriquement, a seul l'action en nullité, n'agira pas en justice, *motu proprio*, pour faire constater par le juge que l'acte de sa femme est nul : du moins c'est

(48) Ibid., p. 362.

(49) PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. I, n° 336.

peu probable. La nullité ne sera invoquée que si le cocontractant de la femme entend exiger l'exécution de l'engagement de celle-ci.

Supposons, par exemple, qu'un tiers vienne demander à la femme le remboursement d'un prêt à elle consenti après l'opposition du mari. Il devra appeler en cause le mari, non pas pour la validité de la procédure à l'égard de la femme, qui est *capable d'estimer en justice*, mais en tant qu'administrateur des biens de sa femme (s'il remplit cette fonction) et aussi, semble-t-il, à raison de la responsabilité personnelle qu'il aura encourue vis à vis de lui : le veto du mari, même reconnu justifié par le Tribunal, peut en effet, causer un préjudice au tiers; il peut même, bien que légitime dans ses motifs, être frauduleux vis à vis des tiers soit à raison du moment où il intervient, soit à raison du retard qu'il a mis à se manifester.

Le Tribunal saisi par le tiers devra : ou bien se borner à constater que l'engagement de la femme est nul et débouter le tiers, ou bien, tout en reconnaissant cette nullité, condamner le mari ou la femme, s'il y a eu faute de leur part, à réparation du préjudice et la meilleure réparation sera une exécution totale ou partielle de l'engagement.

C'est là, nous semble-t-il, ce que la loi a voulu dire lorsqu'elle s'est bornée à déclarer que l'opposition valable était une cause de nullité des engagements de la femme. L'engagement est nul de plein droit car il s'agit de la violation d'un droit de puissance; mais il pourra néanmoins être exécuté à titre de réparation s'il y a eu faute : l'opposition du mari apparaît plutôt comme une *cause éventuelle de non-exécution*.

En dehors de ce cas, où la nullité de l'acte est invoquée par le mari comme *moyen de défense à l'action d'un tiers*, pourra-t-elle être invoquée par la femme elle-même ? En principe la nullité de plein droit peut être invoquée par toute personne intéressée. M. Esmein l'admet; pour lui, les art. 225, 1124, 1125, 1304 C. Civ. n'ont été abrogés que

« sous la réserve mentale de l'art 215, al. 2 C. Civ. »⁵⁰ et après l'opposition du mari, la femme redevient incapable et peut donc agir en nullité comme avant 1938.

Mais en ce cas, on fait revivre la vieille idée de *fragilitas sexus*, de protection : si la femme pouvait avant 1938 invoquer la nullité d'un acte fait par elle-même, c'est parce qu'elle était une incapable comme le fou et l'enfant. On va contre l'idée générale de la loi et l'intention souvent manifestée par le législateur : si la femme n'est pas absolument libre dans la loi de 1938, c'est seulement pour que les prérogatives du mari soient respectées dans l'intérêt de la famille. De plus il peut paraître curieux de voir une femme agir en nullité en invoquant sa propre désobéissance à son mari. Il semble préférable de réserver au mari seul d'invoquer la nullité, motif pris de ce qu'il est le seul intéressé à ce que son autorité soit respectée.

Finalement, et si l'on veut absolument ranger cette nullité dans l'un ou l'autre catégorie, c'est dans celle des nullités relatives que paraît être sa place.

En effet, il ne s'agit pas de protéger la femme, certes, mais il s'agit quand même d'intérêts privés et non d'intérêt public : il s'agit de la protection des intérêts de la famille représentés par le mari : c'est lui seul qui peut exercer l'action en nullité, confirmer la nullité en ne s'opposant pas à la prétention du tiers et cette action se prescrira par dix ans (malgré l'abrogation partielle de l'art. 1304 C. Civ.).

b) Nous venons de voir combien il était embarrassant de régler le sort des actes faits par la femme malgré l'opposition du mari *jugée valable*. L'obscurité est encore plus grande si l'on cherche quel est le sort des actes faits par la femme *entre l'opposition et le jugement*, ce qui ce qui revient à étudier *les effets immédiats de l'opposition du mari*.

« A partir de quelle date les engagements professionnels de la femme deviendront-ils frappés de nullité ?

« Si des reconnaissances ou si des effets de commerce

(50) Sem. jur. précitée; V. également ANGEL, op. cit., p. 149 et s.

ont été créés, si des crédits agricoles ont été consentis et si l'opposition intervient entre la création et le paiement, le paiement pourra-t-il être fait ou l'opposition aura-t-elle un effet rétroactif qui anéantira l'obligation ?

« Comment les tiers pourront-ils se rendre compte que l'opposition du mari est valable ou ne l'est pas ?

« Est-ce qu'il faudra faire provision à l'opposition sans attendre qu'elle soit validée par les tribunaux ou, au contraire l'opposition n'aura-t-elle effet qu'à partir du moment où les tribunaux l'auront reconnue comme valable ».

C'est dans une note parue dans la revue « Les lois nouvelles » (n° du 5 mars 1938) que la question est ainsi posée. Les deux solutions nous semblent défendables.

1°) Les actes passés par la femme *depuis l'opposition mais avant le jugement de validité ne sont pas frappés de nullité.*

Ce n'est pas l'opposition mais l'opposition valable qui constitue la cause de nullité et les tiers n'ont pas le pouvoir d'apprécier les raisons du mari. Ce sont les Tribunaux et eux seulement qui pourront dire si l'intérêt du ménage et de la famille est invoqué à bon droit par le mari.

Pour être logique, il faut décider que même si le tiers a eu connaissance de l'opposition du mari, même si ce dernier lui a signifié son opposition, il n'est pas en faute s'il a quand même contracté avec la femme. Bien que ce corollaire paraisse excessif, on doit l'admettre car *rien ne peut légalement faire présumer si l'opposition du mari est valable ou non.*

Avec cette solution enfin, il est certain que l'opposition n'a *aucun caractère rétroactif* : rien n'empêche la femme de payer après l'opposition un billet valablement signé par elle avant cette opposition et le paiement ne pourra être attaqué.

2°) A l'opposé, on peut admettre qu'il faut *faire provision à l'opposition.* La femme est en faute si elle agit au mépris de cette opposition; les tiers sont en faute s'ils contractent avec la femme *à condition qu'ils aient eu con-*

naissance de la décision du mari soit par la femme, soit par le mari. Or nous savons quelle incertitude règne quant aux formes de l'opposition. Supposons néanmoins que les tiers puissent équitablement être considérés comme ayant agi en connaissance de cause.

Il semble que la signification de l'opposition ouvre une sorte de période suspecte, non pas que le sort des actes passés pendant cette période dépende de leur nature — comme en matière de faillite — mais en ce sens que le sort de ces actes dépend du résultat du recours de la femme. Pendant cette période, les tiers doivent se montrer prudents, ils savent que les engagements professionnels qu'ils contractent avec la femme pourront être déclarés nuls et rester inexécutés.

M. Esmein⁵¹ estime que tant que l'opposition n'a pas été jugée valable sur recours de la femme, le tiers peut exiger d'elle l'exécution de ses obligations. Ceci est vrai à condition que la femme exerce son recours, mais il peut et il doit arriver — et il faut souhaiter qu'il arrive souvent — que la femme se soumette à l'opposition de son mari et n'exerce pas son recours. Dans ces cas là, on est bien obligé d'attacher l'effet de nullité à l'opposition elle-même. C'est la raison essentielle qui nous fait adopter la seconde solution.

Dès que les tiers ont eu connaissance de l'opposition du mari, ils doivent se montrer circonspects pour traiter avec la femme⁵² : il se peut qu'ils se heurtent, lorsqu'ils poursuivront l'exécution d'un engagement ainsi contracté par la femme, à l'exception de nullité invoquée par le mari. Cette éventualité se réalisera d'abord si la femme n'use pas de son recours et ensuite si ce recours échoue et si le jugement de débouté est passé en force de chose jugée.

Cette solution nous paraît *équitable*; elle présente, à notre avis, l'avantage de respecter au mieux l'autorité du

(51) Op. et loc. cit.

(52) M. M. ANCEL (op. cit., p. 89 et s.) admet qu'il serait logique de décider que les effets de l'opposition sont suspendus jusqu'au jugement.

mari chargé des intérêts du ménage et de la famille dont il est le chef. L'interdiction qu'il fait à sa femme d'exercer sa profession présente le plus souvent un caractère d'urgence : il faut éviter que les intérêts en jeu soient plus longtemps compromis. Le recours de la femme présente un caractère exceptionnel et *facultatif* : il ne saurait être question d'en attendre l'issue.

Au surplus elle cadre avec les *solutions antérieures* dans un domaine voisin : il a toujours été admis que la révocation de l'autorisation — en matière commerciale ⁵³ — produit effet par elle-même d'abord contre la femme, ensuite contre les tiers qui en ont eu connaissance et cela, malgré le recours possible de la femme. Il n'y a pas de raison qu'à ce point de vue, la situation de la femme non commerçante ne soit pas la même.

Il est possible d'admettre qu'en parlant d'opposition *valable* la loi ait voulu dire non pas *jugée valable* mais *fondée sur des motifs sérieux* : c'est notre impression, mais c'est une hypothèse. Ce qui est certain c'est qu'on doit dire, avec la théorie que nous adoptons, que l'opposition du mari est toujours *valable vis-à-vis des tiers* et que la connaissance des intérêts en jeu appartient seulement au mari qui les invoque, à la femme qui les discute et aux Tribunaux qui en font une juste appréciation.

SECTION IV

L'OBLIGATION D'ENTRETIEN A LA CHARGE DU MARI

Nous avons déjà indiqué, en tête du présent chapitre, pour quelle raison nous avons cru pouvoir étudier l'art. 214 C. Civ. parmi les prérogatives du mari, chef de la famille : c'est parce que l'obligation d'entretien qu'il met à

(53) Cf. LACOUR et BOUTERON. Précis de Droit Commercial, t. 1, n° 109.

sa charge est la contre-partie des droits que plusieurs régimes lui accordent sur les biens du ménage. Reste à indiquer comment cette étude sera faite.

Il faudra d'abord définir aussi exactement que possible le *fondement et les diverses caractéristiques de l'obligation* qui pèse sur chacun des époux en ce qui touche l'entretien du ménage ou de la famille : nous saurons alors quelle est la part de chacun dans les charges domestiques.

Puis, il y aura lieu ensuite de se demander, connaissant cette part, de quelle façon chacun des époux peut être amené à remplir son obligation par des *moyens de droit*.

S'il la remplit, sans que le recours aux Tribunaux ait été nécessaire, comment les choses se passent-elle *dans la réalité* ? le mari, tenu en principe de pourvoir à toutes les dépenses du ménage, agit-il lui-même ? lorsque c'est la femme qui agit, à quel titre est-ce et quelles sont les répercussions de ses actes ? (*théorie du mandat domestique*).

Cette section comportera l'étude de ces trois points :

§ 1. L'OBLIGATION DE CHACUN DES ÉPOUX.

§ 2. LA PROCÉDURE D'EXÉCUTION FORCÉE.

§ 3. LA THÉORIE JURISPRUDENTIELLE DU MANDAT DOMESTIQUE (PROCÉDÉ NORMAL D'EXÉCUTION).

§ 1. — L'OBLIGATION DE CHACUN DES ÉPOUX.

Au chapitre V (*Des obligations qui naissent du mariage*) du titre V du Livre I du Code Civil, l'art. 203 n'a pas été modifié par la loi du 18 février 1938, il y est toujours dit :

« *Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* ».

Au chapitre VI (*Des droits et des devoirs respectifs des époux*) du même titre, l'art. 212 n'a pas non plus été modifié :

« *Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance* ».

Il paraît certain que l'art. 214 nouveau C. Civ. constitue le développement de cette double obligation qui lui sert de fondement. Il était généralement admis que l'obligation d'entretien entre époux ou vis-à-vis des enfants communs, bien que mutuelle, ne pesait pas sur la femme en principe, au moins tant que durait le mariage, puisque le mari était, aux termes de l'ancien art. 214 C. Civ. « *obligé de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie selon ses facultés et son état* ».

On lit dans le Traité élémentaire de MM. Planiol et Ripert, t. I, n° 905 : « *Dans l'état ordinaire des choses, le devoir de secours est rendu inutile, du vivant des époux, soit par le devoir spécial au mari qui doit recevoir sa femme chez lui et lui fournir ce qui lui est nécessaire selon ses facultés et son état (ce qui dépasse les aliments proprement dits) soit par l'attribution au mari de tout ou portion des revenus de la femme...* ».

La même explication était donnée par M. Julliot de la Morandière¹ « *d'après les conceptions françaises du mariage, le mari est le chef du ménage; s'il est le chef, s'il a l'autorité, il a également la responsabilité du ménage et c'est sur lui que pèse l'obligation d'entretien de ce ménage. Cela tient aussi et surtout à ce que dans les régimes matrimoniaux, le mari a, en général, l'administration et la jouissance de tout le patrimoine, qu'il lui appartienne en propre ou qu'il provienne de sa femme.* »

L'obligation d'entretien du mari a donc pour fondement essentiel son *droit d'administration et de jouissance* et aussi, dans une certaine mesure, son *autorité maritale*.

Elle pèse sur lui quel que soit le régime : c'est un des devoirs du chef de la famille. Lorsque le régime donne au mari tous les revenus du ménage, c'est lui qui, en fin de compte, supportera toutes les dépenses. Lorsque la femme possède elle-même des revenus, elle doit contribuer à ces dépenses. Dans ce second cas, l'obligation de secours entre époux et l'obligation de l'art. 203 C. Civ. re-

(1) Cours polycopié, 1930-1931, p. 538.

prennent leur caractère mutuel et réciproque, du moins pour la contribution (car même alors l'obligation du mari existe, vis-à-vis des tiers, pour le tout).

Cela se produit dans divers cas.

1° Sous le régime de la **séparation de biens**, la femme conserve l'administration et la jouissance de sa fortune personnelle. L'obligation de secours, comme l'obligation de l'art. 203 C. Civ. reprennent leur caractère réciproque. L'art. 1448 C. Civ. nous le dit pour la séparation de biens judiciaire : « *La femme qui a obtenu la séparation de biens, doit contribuer, proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari, tant aux frais du ménage, qu'à ceux d'éducation des enfants communs.* »

« *Elle doit supporter entièrement ces frais, s'il ne reste rien au mari.* »

Et, pour la séparation de biens conventionnelle, l'art. 1537 C. Civ. nous dit que : « *Chacun des époux contribue aux charges du mariage suivant les conventions contenues en leur contrat; et, s'il n'en existe point à cet égard, la femme contribue à ces charges jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus.* »

2° Sous le régime **dotal**, en principe, c'est le mari qui doit supporter tous les frais. La part de la femme a été fournie une fois pour toutes : c'est la dot. Le mari en a reçu l'administration et la jouissance et les revenus sont destinés à subvenir aux charges du ménage. Mais il peut arriver, même sous ce régime, que la femme soit tenue de contribuer aux charges : le cas est prévu à l'art. 1575 C. Civ. : « *Si tous les biens de la femme sont paraphernaux, et s'il n'y a pas de convention dans le contrat pour lui faire supporter une portion des charges du mariage, la femme y contribue jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus.* »

3° La femme dotale sera encore tenue à la contribution aux charges lorsqu'elle aura usé de la faculté que lui donne l'art. 1549, al. 3 C. Civ. : « *cependant, il peut être convenu, par contrat de mariage, que la femme touchera* »

annuellement, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels. »

4° Il est admis que l'art. 1388 C. Civ., qui défend aux époux de déroger par contrat de mariage, « *aux droits qui appartiennent au mari comme chef* », n'est pas violé lorsque la femme se **réserve par contrat**, sous un régime quelconque (mais ce ne sera utile que sous la communauté) *la jouissance de certains biens* : les époux peuvent donc déroger par contrat de mariage à l'art. 1428, al. 1, C. Civ. En ce cas, la femme conservant le droit de percevoir elle-même certains revenus et d'en disposer à sa guise, doit, sans doute, contribuer aux charges du mariage en proportion de ses ressources personnelles.

5° Sous tous les régimes également la femme qui exerce une profession séparée a reçu, depuis la loi du 13 juillet 1907, en même temps qu'une certaine capacité, de larges pouvoirs sur ses **biens réservés**. Ce patrimoine réservé, doit être en partie *réservé à l'entretien du ménage*. L'art. 3 n'en permet la saisie que par les créanciers de la femme et ceux du mari qui ont contracté avec lui dans l'intérêt du ménage et les art. 7 et s. font état de l'obligation de la femme puisqu'ils organisent une procédure de saisie-arrêt des salaires (aussi bien de ceux du mari que de ceux de la femme) si l'un des époux ne « *subvient pas dans la mesure de ses facultés, aux charges du ménage* ».

6° Enfin, et en dehors de toutes ces hypothèses spéciales, il semble que même dans le cas où, en temps normal, aucune disposition n'oblige la femme à participer aux dépenses communes, des **circonstances exceptionnelles** feraient réapparaître le caractère mutuel et réciproque des obligations résultant des art. 203 et 212 C. Civ. Si le mari est dans l'impossibilité absolue de subvenir aux charges, c'est à la femme d'y pourvoir.

Un arrêt, à la vérité assez ancien, en a ainsi décidé : Il a déclaré la femme, obligée seule de subvenir en totalité aux frais du ménage, par application des art. 203 et

212 C. Civ., lorsque le mari n'avait rien (Cass. Civ., 2 juillet 1851; S. 51.1.509).

Si l'on veut caractériser cette obligation de secours, on peut dire qu'elle est, par essence, une obligation *mutuelle et réciproque*, tout comme l'obligation de l'art. 203. Mais comme il s'agit d'une obligation de donner, comme il s'agit, plus précisément, de régler les dépenses d'entretien, *charge normale des revenus*, son exécution dépendra des biens de chacun des époux et du régime matrimonial auquel ils sont soumis. Si tous les revenus sont entre les mains du mari, il devra tout payer; si la femme a elle-même certains revenus (revenus des biens ou revenus du travail) elle participera aux dépenses en proportion. Enfin, si l'un des deux époux n'a rien, l'autre doit tout payer.

Etant donné le nombre et l'importance pratique des exceptions à l'art. 214 C. Civ. que nous venons de signaler, on doit conclure qu'il est rare de voir un mari payer seul toutes les dépenses du ménage. D'ailleurs, malgré les apparences, quand il paye en partie avec les revenus de la dot (qui lui appartiennent, c'est entendu, mais pour cet usage exclusif) ou avec ceux des propres de la femme (qui appartiennent à la communauté) ce n'est pas lui qui paye en totalité, si l'on va au fond des choses.

L'art. 214 C. Civ., nouvelle rédaction, n'a fait l'objet d'aucun débat au Sénat : est-ce qu'il n'apporte rien de nouveau ? Ce n'est pas tout à fait exact : à côté de l'obligation d'entretien qui pèse spécialement sur le mari et dont la formule est la copie exacte de celle de l'ancien texte, on y trouve affirmé, d'une façon générale, le *principe de la contribution de la femme* et c'est là une nouveauté :

« Sur les biens dont elle a l'administration, la femme doit contribuer proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs... » (art. 214, al. 2, C. Civ.).

Cette formule est générale à un double point de vue; d'abord elle *englobe tous les cas* que nous avons énumérés plus haut sauf ceux des art. 1537 et 1575; ensuite elle s'applique aussi bien aux frais auxquels donne lieu l'art. 203 qu'à ceux auxquels l'art. 212 sert de base.

Il faut remarquer que cette contribution proportionnelle de la femme se trouvait déjà prévue dans la loi du 13 juillet 1907; mais comme il n'était question dans cette loi que de la femme exerçant une profession séparée, cette contribution ne s'opérait, que sur les gains et salaires : l'art. 7 de la loi prévoyait l'exécution forcée de cette obligation au moyen d'une saisie pratiquée sur les « *salaires ou produits du travail* ». Au contraire, le nouvel art. 214 C. Civ., où se trouve incorporée la réglementation de cette saisie-arrêt, mentionne *les revenus* à côté des *salaires et produits* du travail.

C'est là, nous semble-t-il, une modification très importante. Plusieurs auteurs l'ont soulignée : M. Esmein signale que la sanction du devoir de secours se trouve ainsi *renforcée*². Il constate aussi que ce devoir est devenu *explicitement réciproque* puisque l'obligation de la femme est affirmée en règle générale.

M. Bonnetcase³ constate qu'avant la loi nouvelle, la femme n'intervenait qu'accessoirement dans le règlement des dépenses domestiques; mais que la loi nouvelle réglemente la contribution de la femme. Il note que la saisie-arrêt peut porter sur tous les revenus et salaires.

M. Voirin⁴ remarque lui aussi que la saisie-arrêt spéciale peut désormais se pratiquer sur tous les revenus des époux. Il note également que la corrélation entre le devoir de cohabitation pour la femme et le devoir d'entretien pour le mari paraît brisée, les deux devoirs se trouvant placés dans deux articles différents (c'est sans doute exagérer l'importance de la place des textes; cf. ci-dessous, § 3, A).

(2) Sem. jur. précitée, n° 14.

(3) Op. cit., 2^e partie, chapitre II.

(4) Rev. trim. de Droit Civil 1938, p. 341 et s.

Cette modification est due à un amendement de M. Fourcade adopté lors de la première délibération ⁵.

Pour nous résumer sur ce premier point, nous pouvons dire ceci : Le mari est toujours tenu de fournir à sa femme *tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie selon ses facultés et son état*. L'art. 214 C. Civ. affirme maintenant d'une façon générale que la femme doit contribuer aux charges sur les biens qu'elle administre, si bien que le mari ne sera finalement réduit à tout payer que dans les cas où sa femme ne possède *aucun revenu d'aucune sorte* (du capital ou du travail). Dans le cas contraire, le mari reste tenu pour le tout, mais la femme doit contribuer selon ses propres possibilités.

Si les deux époux ont tous deux des revenus, on doit établir une règle proportionnelle. Mais si l'un d'eux seulement est en mesure de subvenir aux charges du ménage, il est tenu pour le tout. Cette règle de contribution n'est pas seulement applicable aux dépenses destinées à l'entretien des époux eux-mêmes (art. 212 C. Civ.); elle concerne aussi les frais de nourriture d'entretien et d'éducation des enfants communs (art. 203 C. Civ.).

L'étendue de l'obligation de chacun des époux étant ainsi fixée, indiquons, dans les deux paragraphes suivants, d'abord la *procédure d'exécution forcée* (saisie-arrêt), ensuite le *procédé d'exécution normale* (le mandat tacite).

§ 2. — LA PROCÉDURE D'EXÉCUTION FORCÉE.

C'est une saisie-arrêt et le nouvel art. 214 C. Civ. a reproduit les art. 7, 8, 9 et 10 de la loi du 13 juillet 1907 à quelques différences près.

Nous venons de signaler la principale : la nouvelle saisie-arrêt peut porter sur *tous* les revenus. Il en est d'autres.

Une modification du texte primitif, proposée en séance

(5) J. O., D. P., Sénat 1936, p. 1563.

par le rapporteur de la Commission ⁶, a eu pour résultat de réserver, à l'alinéa 1, les cas où la contribution de la femme est fixée sur des bases déterminées, c'est-à-dire le cas de la femme séparée de biens par contrat (art. 1537 C. Civ.) et celui de la femme dotale dont tous les biens sont paraphernaux (art. 1575 C. Civ.).

Autre changement, que nous avons déjà relevé : l'alinéa 1 spécifie encore que la contribution de la femme lui est imposée tant pour les frais du ménage que pour ceux d'éducation des enfants communs. La loi de 1907 ne parlait que des charges du ménage. Il est vrai que les frais prévus par l'art. 203 C. Civ. rentrent dans les *charges du ménage* : il n'est pas mauvais de le préciser néanmoins.

Les autres modifications sont de pure forme : il n'est pas même besoin de les relever : une simple lecture des deux textes les fait ressortir.

Lorsque l'un des époux ne remplit pas son obligation — obligation telle que nous l'avons définie au paragraphe précédent — son conjoint peut demander au Juge de paix du canton du domicile conjugal, l'autorisation de saisir-arreter une part de ses revenus ou salaires *en proportion de ses besoins*, d'une part et *dans la limite de son obligation*, d'autre part. Telle paraît être la double limite à respecter.

a) Les causes de la saisie-arreât sont donc constituées par les *besoins du saisissant*; ces besoins, il est seul à à en connaître l'étendue, mais il est certain que le Juge de paix sollicité aux fins d'autorisation, conserve un droit de contrôle quant à la somme pour laquelle cette autorisation de saisie-arreât lui est demandée.

b) Mais il y aura lieu de tenir compte également de *la proportion dans laquelle est tenu l'époux saisi* — et nous savons que l'étendue de l'obligation n'est pas la même pour les deux époux ⁷.

(6) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 355.

(7) V. sur cette question M. ANCEL, op. cit., p. 100 et s.

Il nous semble, en définitive, que le Juge de paix devra procéder ainsi : 1° autorisation de saisie-arrêt lui est demandée pour telle somme : cette somme est-elle en rapport avec le train de vie du ménage ? — 2° dans quelle proportion chacun des époux est-il tenu au paiement de la somme ainsi fixée ; — 3° les parts ainsi déterminées peuvent-elles, en fait, être supportées ? Ce n'est pas tout en effet de savoir ce que chaque époux doit payer théoriquement : il faut encore considérer ce qu'il peut payer en fait : or les deux époux ne peuvent être obligés *au delà de leurs facultés* et si les ressources de l'un sont insuffisantes, c'est l'autre qui, légalement et *sans aucun recours ultérieur*, doit se charger de la dépense.

Il est certain que le Juge de paix pourra refuser d'autoriser la saisie-arrêt (« *l'époux pourra obtenir...* »). Peut-il, tout en reconnaissant le bien-fondé de la réclamation de l'époux demandeur, se contenter de condamner l'époux défaillant à verser à son conjoint une *pension alimentaire* qui représentera sa part de contribution aux charges du ménage ? Le texte n'en parle pas. Pourtant l'art. 1 L. 7 février 1924 (modifiée par L. 3 avril 1928) qui a créé et réprimé le délit d'abandon de famille semble en admettre la possibilité : « *sont tenues pour coupables d'abandon de famille... toute personne qui, au mépris d'une décision rendue contre elle en vertu de l'art. 7 de la loi du 13 juillet 1907... sera volontairement restée plus de 3 mois sans fournir les subsides déterminés par le juge...* ».

Cette disposition nous paraîtrait incompréhensible, si on devait l'appliquer à l'autorisation de saisie-arrêt prévue par l'art. 7 de la loi de 1907 ; l'époux débiteur ne pourrait jamais se rendre coupable du délit d'abandon de famille dans les termes de la loi du 7 février 1924, art. 1^{er}, puisque ce n'est pas lui qui devra verser les subsides déterminés par le juge, mais bien le tiers saisi qui versera l'argent directement à l'époux créancier (art. 9 L. 1907).

La loi du 7 février 1924, art. 1^{er}, serait impossible à appliquer, au moins dans l'un des cas qu'elle prévoit : en conséquence, pour éviter cela, il nous paraît difficile de ne pas reconnaître au Juge de paix à qui l'on présente une demande d'autorisation de saisie-arrêt pour exécution de l'obligation de secours, le droit de condamner l'époux débiteur au versement d'une pension alimentaire.

Mais si le Juge de paix estime que l'époux débiteur condamné à cette pension ne s'en acquittera pas ou s'en acquittera difficilement, alors il pourra autoriser la saisie-arrêt et nous devons indiquer la procédure suivie.

Les époux sont convoqués devant lui par simple lettre recommandée du greffier (art. 214, al. 5 C. Civ.). Ils doivent comparaître en personne, sauf empêchement dûment justifié (al. 6). Le juge entend les deux époux : il est libre d'accorder ou de refuser son autorisation. Supposons qu'il l'accorde : la procédure ordinaire de la saisie-arrêt est laissée de côté — vu l'urgence très probablement et la suite du texte nous dit :

« *La signification du jugement par l'époux qui l'aura obtenu, à son conjoint et aux tiers débiteurs lui vaut par elle-même attribution des sommes saisies* » (al. 7).

« *Les jugements ainsi rendus seront exécutoires par provision nonobstant opposition ou appel* » (vu l'urgence) (al. 8).

Enfin le dernier alinéa reprend, sous une autre forme, l'art. 10 de la loi du 13 juillet 1907 dans sa disposition finale : une nouvelle décision modifiant la première peut toujours être prise si un changement dans la situation respective des époux l'impose.

Les dispositions de l'art. 214 C. Civ. nous paraissent suffisamment claires et complètes pour que nous nous dispensions d'y insister : d'ailleurs, elles ne sont pas une création de la loi du 18 février 1938 puisqu'elles existaient et fonctionnaient depuis la loi du 13 juillet 1907.

Cette procédure de saisie-arrêt, générale à un double

point de vue (quant aux créances qui lui servent de cause et quant aux sommes sur lesquelles elle porte) très soigneusement réglementée par la loi, simple, rapide et efficace, n'est pourtant pas — et il faut s'en féliciter — le moyen normal d'exécution de l'obligation de secours. Comment, dans l'immense majorité des cas, les choses se passent-elles ? Nous allons l'examiner dans le paragraphe suivant.

§ 3. — LA THÉORIE JURISPRUDENTIELLE DU MANDAT DOMESTIQUE (PROCÉDÉ NORMAL D'EXÉCUTION).

Avant d'aborder l'étude de cette théorie, nous devons, pour suivre une méthode que nous avons déjà souvent employée, justifier rapidement la place que nous lui avons faite dans cette étude de la loi du 18 février 1938.

La théorie du mandat domestique répond aux nécessités de la pratique : il fallait que la femme mariée, pourtant incapable, pourtant sans pouvoirs sur les biens destinés à subvenir aux charges du ménage pût à la fois accomplir certains actes et engager certains biens sans être astreinte à la nécessité d'une autorisation. Aujourd'hui, depuis la loi de 1938, la femme a sans doute l'aptitude de faire seule ces actes mais elle ne peut pas, en principe, engager la communauté et le mari sans autorisation de celui-ci.

La loi nouvelle est-elle susceptible dès lors de modifier la position de la jurisprudence à propos du mandat domestique ? pour être en mesure de répondre à cette question, il est nécessaire d'indiquer les traits essentiels de cette théorie; nous allons préciser d'abord son **fondement**, puis son **effet** au point de vue du droit de poursuite des créanciers, en indiquant, pour chacun de ces deux points, si la loi du 18 février 1938 est susceptible d'apporter des modifications.

A. Fondement du mandat domestique.

La doctrine n'est pas absolument d'accord pour justifier en *droit* une théorie dont la pratique révèle en *fait* la nécessité.

1° *La pratique.*

Dans un ménage, comme dans tout groupe d'individus exerçant une certaine activité, s'opère une *division du travail*, phénomène naturel et normal. La règle générale, c'est que le mari exerce une profession et assure, par le produit de son travail auquel s'ajoutent les revenus de ses biens et de ceux de sa femme, s'il y a lieu, la vie matérielle du ménage. Comme chef de famille, il est chargé en outre d'accomplir les actes (juridiques ou matériels) les plus importants concernant la famille.

Mais on ne peut le plus souvent lui demander encore de s'occuper des dépenses journalières d'alimentation, d'habillement, d'entretien du mobilier ou des locaux occupés par le ménage etc... C'est le rôle normal et naturel de la femme, c'est sa sphère d'activité, c'est son apport (à défaut d'autre) dans la *société conjugale*. Le nombre des femmes exerçant une profession séparée est peut-être de plus en plus grand; nous n'avons pas ici à rechercher s'il faut ou non s'en féliciter; bornons-nous à constater qu'à l'heure actuelle, il paraît certain que la très grande majorité des femmes *mariées* ne travaillent pas à l'extérieur : elles s'occupent de leur ménage et pour ce faire il est indispensable qu'elles aient une certaine latitude.

Avant la loi du 18 février 1938, on se heurtait au principe de l'incapacité civile de la femme mariée; théoriquement, pour aller tous les jours chez chaque fournisseur, elle devait se munir de l'autorisation spéciale et écrite de son mari. Ce système, de tout temps, a paru inapplicable et l'on a cherché le moyen de permettre à la femme d'accomplir seule les actes ménagers.

a) On a d'abord songé à considérer que la femme avait reçu de son mari une *autorisation générale tacite* pour

accomplir ces actes. Mais si la femme était, par là, dispensée de produire une autorisation spéciale et écrite, il n'était fait droit qu'en partie aux exigences de la pratique : en effet si l'on veut que la femme puisse *agir sans autorisation*, on veut aussi que par l'acte ainsi accompli, *le mari seul se trouve engagé*; c'est sur lui, nous l'avons vu, que pèse en général le devoir d'entretien du ménage et des enfants; la femme doit contribuer, il est vrai, à ces charges dans certains cas, mais il s'agit alors seulement des rapports entre époux : *pour les créanciers, c'est le mari et lui seul qui doit pourvoir aux dépenses du ménage*. Il y a donc lieu de distinguer soigneusement le droit de poursuite de la contribution.

Si le système de l'autorisation générale tacite donne satisfaction au point de vue *capacité*, il ne permet pas d'atteindre complètement le but poursuivi, car il s'agit pour la femme d'avoir, en plus de la capacité, le *pouvoir*, par ses actes, d'engager seulement le mari et la communauté lorsque tel est le régime.

β) Il existe un procédé permettant à une personne d'agir elle-même, bien que ses actes soient considérés comme accomplis par une autre : c'est la représentation juridique; elle constitue l'essence même du *mandat* défini par le Code Civil « *acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* » (art. 1984 C. Civ.). La femme, considérée comme mandataire de son mari, agit sans autorisation (le mari consent, puisqu'il la choisit pour mandataire) et engage son mari sans s'engager elle-même.

Ce faisant, elle ne contrevient pas au principe d'incapacité puisqu'elle est mandataire; elle a bien aussi la capacité de l'être : aux termes de l'art. 1990 C. Civ., elle a le droit d'accepter le mandat sans autorisation. D'ailleurs le fait même que le mandant était le mari devait entraîner une autorisation tacite pour être mandataire. Et depuis la loi du 18 février 1938, la question de la capacité

ne se pose plus. Enfin on admet en général⁸ que le mandat peut être tacite en étendant l'art. 1985, al. 2 C. Civ. qui parle seulement de l'acceptation du mandat.

La jurisprudence⁹ admet une *présomption de mandat tacite* donné par le mari à sa femme pour faire les *actes ménagers*; elle se base sur deux arguments de fait : la *sphère d'activité de la femme* — dont nous venons de parler — et *le fait de la cohabitation* : les époux vivent sous le même toit — c'est même pour eux une obligation; on peut légitimement supposer que le mari donne mandat à sa femme de faire les achats et diverses dépenses de ménage.

Ce fait de la cohabitation des époux a même été considéré comme le fondement de l'obligation d'entretien dont le mandat domestique n'est qu'un procédé d'exécution. Si le mari doit entretenir sa femme, c'est parce qu'ils vivent, qu'ils doivent vivre sous le même toit. Si les époux sont dispensés légalement du devoir de cohabitation, (s'ils sont, par exemple, séparés de corps, en instance de divorce, dispensés de la cohabitation en vertu du nouvel art. 213 C. Civ.), le devoir de secours existe toujours : mais l'obligation d'entretien disparaît. Ce devoir de secours se traduit alors par le versement d'une pension alimentaire¹⁰.

Autrefois, cette corrélation entre le devoir de cohabitation et l'obligation d'entretien était affirmée par la rédaction même de l'art. 214 C. Civ.; les deux obligations s'y trouvaient côte à côte, séparées, ou mieux réunies par le signe « : » qui accentue cette liaison au point de faire presque de la seconde la conséquence de la première. Aujourd'hui, dans les nouveaux articles, la cohabitation se trouve placée à l'art. 213 C. Civ. et l'art. 214 C. Civ. est en entier consacré à l'entretien. M. Voirin a fait cette

(8) PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. II, n° 2241.

(9) Ibid., t. III, n° 1099 et s.

(10) PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. I, n° 904, 1247 et s. et 1335.

remarque¹¹. Mais cette corrélation pour être moins évidente n'en existe pas moins¹².

Cette théorie jurisprudentielle basée sur ces deux arguments de fait — *sphère d'activité propre de la femme et cohabitation des époux* — répond certainement aux nécessités pratiques. Reste maintenant à *justifier cette théorie* et nous allons voir que la doctrine n'est pas unanime pour attribuer le même fondement à ce mandat.

2° La *doctrine*. Elle a été résumée dans une étude très complète de M. André Lecomte¹³ à laquelle nous avons fait de larges emprunts pour cet exposé.

M. Lecomte déclare, avec raison, qu'il ne suffirait pas de dire que le mandat domestique est fondé sur un *accord tacite de volonté* entre les deux époux, accord pouvant se déduire de la cohabitation et du rôle en général dévolu à la femme dans le ménage; il s'agit d'une institution générale et ces considérations de fait l'expliquent, mais *ne la justifient pas* : elles ne peuvent lui servir de fondement suffisant.

a) On pourrait voir dans la présomption de mandat tacite une *coutume juridique* dont des décisions de jurisprudence constante depuis le Code Civil ont suffisamment démontré l'existence et la force. Telle est l'opinion de MM. Planiol, Ripert et Rouast, de M. Nast et de M. Josserand, cités par M. Lecomte. Pour ces auteurs, le fondement du mandat domestique ne doit pas être cherché ailleurs que dans les *considérations de fait* que nous avons indiquées et la coutume, créatrice de droit, guidée par les nécessités pratiques, doit servir de seule base juridique à ce mandat.

Il faudra peut-être revenir à cette opinion en fin de compte, mais on peut et on doit, avant de conclure à une création du droit coutumier, rechercher parmi les prin-

(11) Op. cit., p. 344 et ci-dessus § 1.

(12) SAVATIER, op. cit., p. 58, n° 10.

(13) « Le mandat domestique de la femme mariée » dans « Rev. crit. de lég. et de jur. », 1937, pp. 263 à 339 et 429 à 534.

cipes du droit écrit, un texte pouvant servir de fondement au mandat tacite.

b) C'est ce qu'ont fait beaucoup d'autres auteurs, en particulier MM. Baudry-Lacantinerie, Colin et Capitant.

Pour ces auteurs, le fondement du mandat tacite doit être cherché dans l'art. 1420 C. Civ. « *Toute dette qui n'est contractée par la femme qu'en vertu de la procuration générale ou spéciale au mari est à la charge de la communauté...* » Laurent a suggéré, il est vrai, que l'art. 1420 C. Civ. ne visait sans doute que le mandat exprès et ne pouvait comprendre un mandat non écrit. Mais il nous semble préférable de décider avec M. Binet¹⁴ que l'art. 1420 est « *aussi large que possible et peut comprendre le mandat tacite domestique* ».

M. Lecomte admet lui aussi que le mandat domestique cadre avec les termes de l'art. 1420 C. Civ. Mais cet article nous indique seulement les *effets* d'une procuration générale : comme il ne nous en dit pas les *cas d'application*, il ne peut servir de fondement, selon lui.

c) La plupart des décisions de jurisprudence, approuvées par M. Martin, se contentent de viser l'art. 214 C. Civ. Cet article est-il suffisant comme fondement ? Il ne semble pas et cela pour deux raisons.

α) Le *cadre* du mandat domestique excède celui de l'obligation d'entretien. Les dépenses faites par la femme pour la subsistance et l'entretien du mari, non comprises dans l'art. 214, relèvent du mandat domestique (selon la jurisprudence).

β) L'art. 214 découle de l'art. 212 : or l'art. 212 édicte une obligation *réciproque*. Puisque la femme est aussi tenue du devoir de secours, on ne saurait invoquer cet article pour justifier une théorie où précisément elle joue le simple rôle d'un intermédiaire, d'un rouage.

d) L'opinion qui paraît la plus satisfaisante est la suivante : la théorie du mandat domestique a pour unique fondement juridique *l'obligation du mari de supporter*

(14) « La femme dans le ménage », thèse Nancy, 1904.

les charges du ménage. C'est celle de MM. Laurent, Binet et Lecomte et quelques jugements se sont contentés de fonder leurs décision sur cette obligation.

M. Lecomte justifie son opinion de cette façon :

α) L'obligation du mari trouve son propre fondement dans *l'organisation de l'association conjugale*. Sous tous les régimes, la femme contribue aux charges du ménage, soit par un apport en biens, soit par son activité ménagère : en conséquence elle ne peut être engagée personnellement et l'obligation du seul mari est logique. (Il faut noter cependant que la Cour de Cassation admet la poursuite contre la femme en vertu de l'art. 203 C. Civ).

β) C'est cette obligation qui *sert de fondement au mandat tacite*. « Puisque le mari est tenu envers les créanciers, (écrit M. Lecomte, p. 314), de toutes les charges du ménage (fondement juridique), en abandonnant à son épouse le soin de conclure les actes ménagers (fondement de fait), il lui confère nécessairement, par là-même un mandat. En effet, le mandat se révèle comme le seul procédé technique permettant à la femme d'agir en engageant le mari par ses actes, c'est-à-dire en donnant satisfaction au souci du mari d'être déchargé de la fonction domestique, tout en respectant l'obligation légale qui lui est faite de répondre des engagements qu'elle contracte avec les tiers ».

Il s'agit donc d'une présomption de mandat tacite, *peut-être en défaut dans certains cas*; il peut arriver que ce soit le mari qui fasse les actes ménagers; ou qu'il y ait séparation de fait c'est-à-dire que l'un des deux fondements de fait fasse défaut; il peut arriver que le fondement de droit n'existe pas : si le mari est *en pension chez sa femme*, son obligation disparaît. La théorie n'en est pas affaiblie. (La jurisprudence en général ¹⁵ admet d'ailleurs que le mandat est applicable même s'il y a séparation de fait).

Telle était, esquissée dans ses grandes lignes, la con-

(15) Contra : Cass. Req., 30 nov. 1937; G. P. 1938.1.202.

ception française du mandat domestique. Cet exposé, succinct, paraît cependant suffisant pour que nous puissions nous demander si la loi du 18 février 1938 doit avoir des répercussions sur cette théorie.

Constatons d'abord que l'un des deux avantages, l'un des deux buts poursuivis par cette théorie se trouve réalisé : puisque la femme en principe, n'a plus besoin d'autorisation pour agir, il n'est plus nécessaire de faire intervenir l'idée de mandat tacite pour lui permettre d'agir librement : puisqu'elle a désormais une capacité personnelle, on n'a pas à lui reconnaître cette capacité d'emprunt qu'est, en somme, celle du mandataire, capacité fondée en fait à la fois sur le rôle qu'elle est appelée à remplir dans le ménage, sur le fait de la cohabitation et sur la volonté tacite des deux époux.

Mais si l'on devait abandonner la théorie du mandat domestique, pour celle d'un pouvoir propre, le second but ne serait pas atteint : c'est la femme qui serait valablement engagée, et elle seule. Autrement dit la femme, capable de faire seule les actes ménagers, les ferait en son nom personnel et n'aurait *aucun pouvoir* pour engager le mari et la communauté — puisque la communauté est tenue toutes les fois que le mari est tenu (art. 1409, 2^e C. Civ.). Réapparaît encore une fois la distinction entre la capacité et le pouvoir dont nous avons signalé l'importance au début de cette étude (Ch. prélim., section II).

De plus, nous l'avons dit, le fondement qui semble convenir le mieux à ce mandat doit être cherché dans l'obligation du mari de pourvoir aux charges du ménage (sous réserve de la contribution de la femme dans certains cas). Cette obligation est maintenue par la loi nouvelle; rien n'est changé non plus dans l'organisation des rapports pécuniaires entre époux — la réforme des régimes matrimoniaux ayant été réservée —; or c'est là que cette obligation d'entretien a son propre fondement. Puisqu'il faut que le mari (et la communauté) soient engagés par la femme, les paroles de M. Lecomte que nous

avons rapportées sont toujours pleinement valables : bien que la femme soit désormais — en principe — capable de s'obliger sans autorisation, on devra toujours considérer, lorsqu'elle fait des actes ménagers, qu'elle agit au nom de son mari, le mandat, répétons-le « *étant bien le seul procédé technique permettant à la femme mariée d'agir en engageant le mari par ses actes* ».

Quant aux actes qui rentrent dans le cadre de ce mandat, la loi de 1938 n'apporte pas non plus de changement. Puisque ce n'est pas la femme, mais le mari qui est censé agir, cette loi qui lui donne une capacité générale est sans influence ici.

Il faut distinguer d'ailleurs, comme l'a fait M. Lecomte, les *types d'actes* compris dans les limites du mandat tacite d'une part et la *mesure* dans laquelle ils peuvent être considérés comme compris dans ces limites.

α) Il est certain que la femme peut faire des dépenses soit pour la subsistance et l'entretien du ménage, c'est-à-dire du mari et des enfants, soit pour sa propre subsistance et son propre entretien. Les décisions de justice parlent de dépenses *ordinaires, normales, courantes*, c'est-à-dire achats, louages d'ouvrages ou de services. Quant aux autres actes que les dépenses courantes, les décisions sont plus ou moins larges : certaines ont reconnu la location d'un appartement, l'engagement de domestiques, certains actes de disposition même, en cas d'urgence, l'émission de traites, de billets, la dation en paiement (V.G.P., 11 juin 1929) comme accomplis par la femme à titre de mandataire tacite du mari. Un arrêt a cependant exclu du mandat les opérations de bourse (D. II., 1932, p. 345) et cette jurisprudence s'est encore tout récemment affirmée. (Tr. Com. Valenciennes, 23 nov. 1937, G. P. 1938.1.393).

β) Quant au caractère que ses actes doivent présenter par rapport au but poursuivi, la vie du ménage, quant à la *mesure* qu'ils ne doivent pas excéder pour rester dans le cadre du mandat, la jurisprudence est assez peu précise. Certains arrêts exigent que ces actes aient été *nécessaires*

à la vie de la famille; d'autres se contentent qu'ils soient *utiles*; d'autres enfin exigent, qu'ils ne soient *pas disproportionnés*. Pour l'étude de cette jurisprudence, nous renvoyons à l'étude de M. Lecomte précitée. Retenons seulement que la jurisprudence a toujours admis que *le mandat cesse dès qu'il y a excès*.

La doctrine estime bien, elle aussi, que le mandat cesse s'il y a excès, mais elle n'exige pas, en général, que l'acte soit nécessaire ou même utile.

Une question très délicate se présente ici : nous ne pourrions que la poser car elle nous entraînerait trop loin : *comment apprécier si la dépense est excessive* ou non ? les apparences peuvent induire les tiers en erreur : ceux-ci peuvent-ils invoquer leur bonne foi pour demander l'exécution de l'engagement excessif, par extension des art. 2.005 et 2.009 C. Civ. où il est dit que, malgré la révocation du mandat, les engagements du mandataire doivent être exécutés envers les tiers de bonne foi ?

Nous ne pouvons faute de place nous étendre plus longuement sur le fondement du mandat domestique; d'autant plus qu'à ce point de vue rien n'a été changé par la loi de 1938:

B. Les effets du mandat domestique.

Les effets généraux sont ceux de tout mandat et il y a peu à dire sur eux. Pourvu que la femme ait agi *dans les limites de son mandat* (limites qui sont, nous venons de le voir, assez peu précises), et pourvu que le mari n'ait pas *régulièrement révoqué son mandat*, le mari et lui seul est engagé : c'est l'application de la théorie générale de la représentation juridique : pour les tiers, c'est le mari qui a contracté : il y aura souvent un compte à établir entre lui et sa femme, mais il s'agit d'un règlement intérieur, de la contribution qui n'intéresse pas les créanciers; *le droit de poursuite existe contre le mari et lui seul*.

Aussi bien l'étude des effets généraux du mandat tacite ne présente pas un intérêt considérable, mais à côté de

cette question principale, certains points peuvent donner lieu et ont donné lieu à des divergences d'opinions : ils touchent à *l'engagement de la femme* : l'engagement personnel de la femme dans les dépenses du ménage est-il impossible ? en fait, cette question est complexe :

1° Existe-t-il des cas où, malgré le principe de la représentation juridique, la femme *se trouve tenue, sans qu'elle manifeste d'ailleurs l'intention de s'engager* ?

2° La jurisprudence présume le mandat tacite : cette présomption peut-elle être renversée par la preuve contraire et la femme peut-elle *s'engager volontairement* ?

3° La femme peut-elle *au moins engager ses biens réservés* pour subvenir aux charges du ménage ?

Et en répondant à ces trois questions, il faudra se demander si la situation est changée depuis que la femme est capable.

1° *Engagement de la femme, pour les dépenses ménagères, sans manifestation de volonté de sa part.*

La jurisprudence, faisant ici application de la théorie de l'enrichissement sans cause, admet que la femme se trouve tenue sur son patrimoine personnel « *lorsque le patrimoine personnel de la femme a profité de l'acte ; par exemple la femme a commandé les peintres pour faire des améliorations, des changements dans l'appartement habité par le ménage ; elle peut le faire, en vertu du mandat tacite ; mais il se trouve que cet appartement habité par le ménage, appartient personnellement à la femme, de sorte que les réparations faites permettront au ménage de vivre plus agréablement, mais vont donner une plus-value à l'appartement c'est-à-dire au bien personnel de la femme ; on fera jouer ici la théorie de l'enrichissement sans cause ; la femme va se trouver responsable vis-à-vis des fournisseurs, non parce qu'elle a traité elle-même, mais parce que son patrimoine personnel a profité de ces améliorations, et si elle ne payait pas ces fournisseurs, elle s'enrichirait sans cause à leur détriment* » (exemple donné dans le Cours de Droit Civil de M. Julliot de la Morandière, déjà cité, p. 566) ¹⁶.

(16) V. en ce sens : Cass. Req. 30 nov. 1937, G. P. 1938.1.202.

Il est certain que malgré la loi nouvelle, c'est encore à la théorie de l'enrichissement sans cause qu'il faudra faire appel pour que la femme se trouve engagée dans un cas semblable. Quand le Tribunal dira que la femme est responsable sur ses biens, il devra invoquer non pas un engagement qu'elle est désormais capable de contracter seule, mais bien, comme par le passé, le fait de l'enrichissement de son patrimoine et cela pour le simple motif que ce n'est pas elle, juridiquement, qui a agi, mais son mari (représentation juridique).

D'ailleurs le résultat pratique ne sera pas le même : si l'on applique le principe de l'enrichissement sans cause, la femme est tenue dans la mesure seulement de son enrichissement : si l'on dit qu'elle a agi en son nom personnel, elle est responsable pour le tout (déduction faite de la part contributive du mari dans les dépenses communes).

2° Une femme peut-elle, en faisant un acte ménager, manifester *l'intention de s'engager personnellement* ?

Avant la loi du 18 février 1938, on devait répondre par la négative puisque la femme était, en principe, incapable de contracter.

Il aurait été possible de supposer une autorisation générale tacite; mais on ne voyait pas, raisonnablement, le cas d'un mari donnant à sa femme l'autorisation de se charger seule d'une dépense que lui-même devait supporter; au surplus, les créanciers auraient quand même eu le droit de poursuivre le mari en vertu de l'art. 1419 C. Civ. C'est seulement au point de vue contribution que la femme aurait supporté finalement toute la dette.

Depuis la loi du 18 février 1938, il semble que *rien n'empêche la femme de s'engager personnellement*, ce qu'elle peut faire sans autorisation; reste à savoir quel est l'effet de cet engagement. La femme, commune en biens, ne peut engager seule que la nue-propriété de ses propres : en effet la communauté est toujours usufruitière de ses biens et la communauté ne peut être engagée (sauf art. 1427 C. Civ.) sans le consentement du mari (art. 1426

C. Civ.). Mais puisque toute femme agissant comme mandataire tacite de son mari, engage la communauté et le mari, on doit admettre que si elle déclare aussi engager la nue-propriété de ses propres, le créancier aura action *sur les biens des deux époux et sur les biens communs*.

Sous les régimes de séparation de biens, l'existence du mandat tacite est contestée parce qu'on discute du point de savoir si l'obligation d'entretien existe à la charge du mari. Ce n'est pas lui qui a tous les revenus du ménage : ce n'est pas à lui de payer toutes dépenses qui sont la charge des revenus.

La jurisprudence ne semble pas absolument établie : elle décide tantôt que les deux époux sont responsables¹⁷, tantôt que la femme seule est responsable.

Il nous semble que l'on pourrait décider que même sous les régimes de séparation, l'art. 214 s'applique et le mari est obligé de pourvoir seul aux dépenses du ménage : d'abord en effet, l'art. 214 C. Civ. est *général* et ne distingue pas suivant les régimes; ensuite, sous les régimes de séparation comme sous le régime de communauté la femme *fournit sa part* : c'est la dot, ou bien c'est la part contributive fixée par contrat ou par la loi. Qu'elle fournisse sa part une fois pour toutes (apport en propriété ou en jouissance de ses propres) ou bien périodiquement (salaires, part de revenus personnels) ou bien d'une façon continue, par son activité ménagère (faute de biens), la contre-partie doit être la même : obligation du mari pour le tout¹⁸; enfin et surtout les tiers ne peuvent pas savoir pratiquement s'il y a séparation de biens.

Si cela est vrai, le *fondement juridique* du mandat tacite existe, sous les régimes de séparation. Les *deux fon-*

(17) V. not. Req. 31 octobre 1934. D. H. 1934, p. 587. Cf. aussi l'étude, sur ce point de M. SAVATIER au D. H. 1935, chr., p. 25 et s.

(18) V. en ce sens PLANIOL et RIPERT, t. III, n° 1438. Pourtant, certains arrêts ont admis dans l'intérêt des tiers la responsabilité solidaire des deux époux.

dements de fait existent aussi et le mandat tacite doit jouer¹⁹.

L'engagement personnel de la femme séparée de biens ne paraît cependant pas impossible. La femme, agissant en son nom personnel, engage toute sa fortune mais comme elle agit aussi comme mandataire du mari, tous les biens de ce dernier sont aussi engagés. Il y aura lieu, évidemment, à un règlement de compte et finalement chacun des époux ne paiera que dans la mesure de sa part contributive.

La femme, d'une façon générale, peut s'engager seule, elle peut aussi n'engager que son mari. Dans le premier cas, elle peut agir désormais sans autorisation et le créancier n'a action que sur ses biens. Dans le second cas, elle représente son mari et le créancier n'a d'action que sur les biens du mari. Mais elle peut cumulativement engager ses biens propres, ceux de son mari et les biens communs s'il y a communauté.

3° Les biens dits *réservés* de la femme, s'ils sont *réservés à son administration personnelle*, semblent aussi *réservés aux dépenses du ménage*. L'art. 3 al. 2 de la loi de 1907, permet aux créanciers du mari de les saisir lorsqu'ils ont contracté avec lui dans l'intérêt du ménage. De même les art. 7 à 10 (aujourd'hui incorporés dans l'art. 214 C. Civ.) prévoient une procédure d'exécution contre l'époux qui ne subvient pas spontanément aux charges du ménage et cette saisie-arrêt porte sur les salaires du mari ou sur ceux de la femme — biens réservés — selon les cas.

Sur ces biens la femme a reçu de très larges pouvoirs (art 1, al. 1 à 4), administration et même aliénation à titre onéreux et la capacité nécessaire pour en user (art. 1, al. 5).

Il ne s'agit pas de savoir ici si la femme peut engager ses biens réservés en contractant dans l'intérêt du ménage : cela ne peut faire de doute; il s'agit de savoir si,

(19) M. NAST admet l'engagement personnel de la femme dans tous les cas (Cf. « Rep. Not. », 1934, art. 2379, n° 20).

sans engagement personnel de sa part, les tiers qui ont contracté avec elle dans l'intérêt du ménage pourront poursuivre, outre le mari et la communauté (art. 3. al. 4), la femme sur ses biens réservés et de savoir aussi à *quel titre* la femme engage ainsi, par ses actes ménagers, le mari et la communauté lorsque ces actes ménagers sont parmi ceux que prévoit l'art. 1 de la loi. En bref, la femme accomplit un des actes qui lui sont permis par la loi de 1907 : cet acte est fait pour les besoins du ménage : le tiers peut-il la poursuivre sur ses biens réservés ? Il peut (art. 3, al. 4 a contrario) poursuivre le mari et la communauté : à quel titre ?

Cette question, qui est double, peut se résumer en une seule : quel est le *gage des créanciers* traitant, dans l'intérêt du ménage avec une femme bénéficiant des dispositions de la loi du 13 juillet 1907 ? Nous revenons à l'étude de M. Lecomte.

Après avoir rapporté les opinions de divers auteurs, il en arrive à la conclusion suivante :

La présomption que la femme agit comme mandataire du mari doit subsister : l'engagement par elle des biens réservés *ne doit pas être présumé*²⁰. D'ailleurs, l'art. 7 de la loi prévoit une contribution qui justifie le maintien du mandat fondé, nous le savons, sur l'obligation au total du mari. Et si la femme ne fournit pas sa contribution le mari peut faire révoquer ses pouvoirs (« pouvait » doit-on dire, car l'art. 2 a été abrogé et n'a été repris nulle part dans la loi de 1938). De toute façon, on ne peut considérer la femme comme personnellement obligée. La présomption de mandat tacite s'applique toujours²¹ et c'est à ce titre qu'elle engage le mari et la communauté par ses actes de caractère ménager à elle permis par la loi de 1907. Mais il s'agit d'une présomption et elle pourrait engager

(20) Contra : NAST. Rep. Not., 1934, art. 23719, n° 20.

(21) Cette solution est contraire, évidemment, aux intérêts des tiers en faveur desquels la théorie du mandat tacite a été bâtie.

ses biens réservés pour les charges de la famille, à condition de *manifestar clairement sa volonté*.

Si la femme exerçant une profession pouvait ainsi s'engager personnellement sur ses biens réservés vis-à-vis d'un créancier avec qui elle traite dans l'intérêt du ménage, *elle ne pouvait s'engager que sur eux*. Un double obstacle l'empêchait de s'obliger sur ses autres biens; l'incapacité et les pouvoirs du mari. Depuis la loi du 18 février 1938 rien n'empêche, dans ce cas, la femme d'engager outre ses biens réservés, ses biens propres, réserve faite, sous la communauté du droit d'usufruit qui pourrait être engagé à titre de bien commun. Le gage des créanciers sera ainsi augmenté de la *nue propriété des biens propres* de la femme.

En résumé le créancier ayant traité avec une femme mariée, exerçant une profession séparée, et agissant pour les besoins du ménage aura pour gage seulement les biens de la communauté et ceux du mari, et s'il obtient, en outre, l'engagement personnel de la femme — qu'elle est depuis 1938 capable de donner valablement —, il verra son gage s'accroître de la nue-propriété des biens propres de la femme. Quant aux biens réservés, ils ne seront engagés que si la femme le déclare expressément.

CHAPITRE II.

LA CAPACITE DE LA FEMME MARIÉE ET SES LIMITES

L'intitulé de ce chapitre ne saurait surprendre : la simple lecture du nouvel art. 215 C. Civ. le justifie. S'il est écrit que « *la femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile* » (al. 1), nous lisons immédiatement après que cette capacité comporte des *restrictions* provenant soit de *limitations légales*, soit du *régime matrimonial adopté* (al. 2). La capacité de la femme mariée n'est pas complète; il existe toujours deux catégories d'actes : la femme est capable de faire les uns sans autorisation; elle a au contraire besoin d'être autorisée pour faire les autres.

Ces deux catégories d'actes sont-elles *homogènes*? Tous les actes permis et tous les actes défendus à la femme lui sont-ils permis et défendus *au même titre*? Nous ne le croyons pas. Il suffira d'examiner les *actes défendus à la femme* : les actes à elle permis se trouveront par là-même indiqués puisqu'en principe, tout ce qui n'est pas défendu expressément est permis, la règle étant la capacité.

I. Il existe d'abord des actes qui sont défendus à la femme, afin que soient *respectées les prérogatives du mari, chef de la famille*. Nous en avons parlé dans notre précédent chapitre : nous préférons, pour notre part, y voir plutôt des restrictions à la liberté de conduite de la

femme que des restrictions légales à l'exercice de sa capacité. Nous n'y revenons que pour mémoire; mais il fallait le faire, car la plupart des auteurs ainsi que le législateur¹ ont vu dans les prérogatives du mari des cas de limitation légale de la capacité². Nous avons réservé le mot *capacité* pour désigner *l'aptitude à accomplir des actes juridiques*.

II. Il existe — en dehors du titre V du Livre III — des textes qui exigent encore de la femme une *formalité habilitante* pour accomplir certains actes. Il s'agit du consentement du mari, de justice, de l'avis conforme du conseil de famille... Ces articles (art. 395 et 396, 405, al. 2, 480 C. Civ. et surtout 4 C. Com.) constituent, selon nous, les limitations légales pures, telles que les prévoit l'art. 215 al. 2 C. Civ. Logiquement, cette catégorie ne devrait plus exister. Pour diverses raisons, on l'a laissée subsister : nous en parlerons dans la section I.

III. Quant aux *limitations résultant du régime matrimonial adopté*, elles sont de plusieurs sortes. Parfois l'autorisation du mari est exigée pour relever la femme de son incapacité (art. 1449, al. 3 p. ex.). Parfois, c'est pour lui donner pouvoir sur un bien (art. 1426 p. ex.). On voit apparaître ici la distinction entre la capacité et le pouvoir. Depuis la loi de 1938, on ne devrait plus avoir à se poser la question *capacité*. Mais nous verrons que les travaux parlementaires nous empêchent d'admettre cette règle. L'autorisation nécessaire peut d'ailleurs remplir d'autres rôles : contrôle de la justice dans l'intérêt de la conservation de la dot (1558), renonciation à la jouissance, etc... (sur les diverses fonctions de l'autorisation, Cf. ci-dessous, section I, § I. A.).

Si bien qu'actuellement, sous les divers régimes matrimoniaux, il y a toujours lieu d'examiner à part les *pouvoirs de la femme et sa capacité*.

(1) V. Rapports de MM. RENOULT et DELATTRE déjà cités.

(2) M. ESMEIN signale cette confusion. G. P. 1938, 1^{er} sem., doct., p. 39.

Les pouvoirs de la femme varient avec son régime, mais sa capacité aussi n'est pas la même sous tous les régimes : nous passerons en revue les différents régimes matrimoniaux ; enfin nous étudierons à part la condition de la femme mariée, sous tous les régimes, lorsqu'elle exerce une profession ou un commerce séparé.

Ce chapitre comprendra quatre sections.

Section I. — **Les cas d'incapacité de la femme, abstraction faite de son régime matrimonial.**

Section II. — **Pouvoirs et capacité de la femme sous les régimes de séparation.**

Section III. — **Pouvoirs et capacité de la femme sous les régimes communautaires.**

Section IV. — **Pouvoirs de la femme sur ses biens réservés et capacité de la femme exerçant une profession séparée.**

SECTION I

LES CAS D'INCAPACITE DE LA FEMME, ABSTRACTION FAITE DE SON REGIME MATRIMONIAL.

Il est peut-être arbitraire de prétendre parler de la capacité d'une femme en dehors des biens sur lesquels elle s'exerce. Néanmoins, nous avons cru pouvoir le faire pour deux motifs :

1° d'abord, nous n'étudierons pas, nous n'énumérerons même pas les actes que la femme peut faire (à condition que son régime matrimonial ne restreigne pas sa capacité ou ses pouvoirs). Ces actes sont les plus nombreux : nous n'étudierons ici que les exceptions et, comme il s'agit d'*actes que la femme ne peut pas faire*, peu importe le régime auquel elle s'est soumise.

2° cette façon de procéder nous permettra de parler une fois pour toutes de certaines questions communes et nous dispensera d'y revenir à propos de chaque régime.

Ces questions sont les suivantes :

Est-il exact de dire que nos lois frappaient la femme d'une *incapacité générale*, et maintenant *quelle est la règle, quelles sont les exceptions* ? (§ I).

Quand la femme par exception est incapable — *stricto sensu* — et même, d'une façon générale, quand une autorisation lui est nécessaire, *quelles formalités* doit-elle remplir et *quelle est la sanction du défaut d'autorisation* ? (§ II).

§ I. — LA CAPACITÉ EST LA RÈGLE, L'INCAPACITÉ EST L'EXCEPTION.

Telle est l'idée générale qui inspire le nouvel art. 215 C. Civ. : une simple lecture de ce texte l'impose et d'ailleurs les travaux préparatoires confirment cette conclusion.

« *La capacité, c'est-à-dire le droit pour la femme d'agir sans autorisation, est la règle* » ¹.

« *C'est à l'art. 215 que se trouve affirmé le principe nouveau : la femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile* » ².

L'essentiel de la réforme, c'est donc, dans l'idée du législateur, *le renversement d'un principe*, c'est donc la règle ancienne qui devient exception et l'exception ancienne qui devient la règle.

Mais est-il absolument exact de dire que, sous l'empire du Code Civil, *la femme était frappée d'une incapacité générale* (A) ?

Que la loi du 18 février 1938 se soit bornée à proclamer un principe qui existait avant elle, ou qu'elle ait opéré un

(1) Rapport de M. RENOULT. J. O., Doc. Parl. Sénat 1933, Annexe n° 404, p. 928.

(2) Exposé de M. RENOULT. J. O., D. P. Sénat, 1937, p. 346.

renversement de principe, elle a réalisé de toute façon une réforme dans ce domaine; quelle a été son *idée directrice*, son critérium dans cette opération ? (B).

A. La règle de l'incapacité générale de la femme mariée avant la loi du 18 février 1938.

C'est M. Voirin³ qui, le premier, croyons-nous, s'est élevé contre la théorie enseignée la plupart du temps et selon laquelle notre Code Civil aurait frappé la femme mariée d'une incapacité générale. Ses arguments, qui semblent assez probants, sont de deux sortes.

a) Les *textes du Code Civil* eux-mêmes ne permettraient pas de conclure à une incapacité générale. Les actes défendus à la femme y étaient énumérés par les articles du Code Civil aujourd'hui abrogés : 215, 217, 905, 776, etc... Quant aux obligations, elles lui étaient interdites « *dans les cas exprimés par la loi* » seulement (art. 1124 ancien). Comme la capacité est le principe, les actes défendus à la femme par ces textes étaient des exceptions : et comme aucun texte ne disait : *la femme est incapable*, c'est qu'en dehors des cas prévus, elle était capable; la règle était donc une demi-capacité et non pas une incapacité.

b) A cet argument, M. Voirin ajoute ceci. La capacité étant *d'ordre public*, on ne peut y déroger par contrat (art. 6 C. Civ.) et « *tout ce que l'on peut faire par contrat de mariage c'est ou bien d'empêcher la capacité de la femme de s'exercer en donnant au mari des pouvoirs sur les biens de son épouse, ou bien au contraire de ménager à la capacité de la femme des possibilités d'exercice en refusant au mari de tels pouvoirs* » (p. 66).

Dans le même sens, M. Savatier écrit : « *d'une incapacité limitée que les art. 215 et s. et 1124 C. Civ. imposaient à la femme pour certains actes, la pratique avait fait une incapacité générale, soumettant tous les actes de*

(3) Chr. D. H. 19 juillet 1934.

*la femme à la nécessité d'une autorisation préalable du mari »*⁴.

De cette conception de la demi-capacité de la femme sous le Code Civil, M. Voirin tire cette conclusion : *il n'y a pas eu renversement de principe*; à la demi-capacité, la loi de 1938 a substitué la capacité complète : l'écart entre la capacité et ses possibilités d'exercice est augmenté, mais non pas créé : *il n'y a pas de lien nécessaire* entre la capacité et les pouvoirs résultant du régime matrimonial.

Cette conception est séduisante pour l'esprit; mais il faut bien reconnaître néanmoins que les exceptions à la prétendue capacité partielle de la femme étaient si nombreuses, et si importantes que l'on pouvait, à bon droit, considérer la femme mariée comme frappée d'une incapacité générale, incapacité qu'il n'était peut-être pas dans l'intention des auteurs du Code d'établir, mais qui résulte de l'ensemble des décisions de la jurisprudence et de la quasi-unanimité de la doctrine.

Quant au lien nécessaire, si, théoriquement, l'on peut distinguer la capacité, *statut général*, des conventions matrimoniales, on est bien obligé d'admettre selon l'heureuse expression de M. Bonnecase⁵ que « *la capacité de la femme s'exerce à travers son régime matrimonial* » et que s'il n'y a pas théoriquement « *lien nécessaire* » il y a pratiquement lien entre les deux questions : c'est d'ailleurs, nous le verrons, le principal argument que l'on peut apporter pour critiquer la réforme partielle opérée en 1938.

« *La vérité est qu'il était illogique de supprimer l'incapacité de la femme mariée et de ne pas faire une adaptation, au moins sommaire, aux nouvelles règles, des textes des régimes matrimoniaux* »⁶.

Pour conclure sur ce point, nous pouvons dire ceci : avant la loi de 1938, la femme mariée était *en fait in-*

(4) « Les Lois nouvelles », op. cit., n° 4.

(5) Précis de droit civil; t. I, n° 495.

(6) JULIOT DE LA MORANDIÈRE, chr. précitée, p. 28.

capable de faire, sans autorisation, de très nombreux actes. La loi de 1938 a eu pour but de la rendre pleinement capable sauf certaines exceptions.

B. Comment a-t-on réalisé ce changement de principe ou — si l'on adopte les vues de MM. Voirin et Savatier — cette augmentation de capacité ?

M. Renoult a indiqué la méthode suivie⁷. Reprenons ses déclarations.

*« D'abord elle (la Commission) a procédé à une affirmation du principe même de la capacité civile sous la réserve de restrictions très limitées et extrêmement peu nombreuses. En second lieu, la méthode suivie a amené la commission à effacer des articles du Code un certain nombre de dispositions qui édictaient la subordination de la femme à l'autorité (à l'autorisation) maritale. Il est vrai de dire que la capacité civile que nous voulons donner à la femme résultera essentiellement de l'abandon de son incapacité. »*⁸

Signalons, sans y insister, que dans ces paroles, on pourrait voir une opinion conforme à celle de M. Voirin : la capacité résultera de l'abrogation des textes exceptionnels qui pour certains actes, exigeaient l'autorisation maritale.

Cette méthode est en principe excellente : il vaut sûrement bien mieux que le législateur efface lui-même les textes non conformes à la loi nouvelle : s'il se contente de prononcer l'abrogation générale de tous les textes contraires, l'interprète peut souvent se trouver dans l'embarras.

Seulement pour que cette méthode mérite d'être approuvée sans réserve, il faut d'abord qu'elle ait été *suivie jusqu'au bout*, c'est-à-dire que le législateur n'ait laissé intact aucun texte, non seulement des Codes, mais des diverses lois, non conforme à la règle nouvelle; lorsque cette

(7) Cf. ci-dessus, Ch. Prél., Section I, § 3.

(8) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 346.

méthode a été employée, on doit pouvoir à coup sûr décider que tous les textes non abrogés ont été volontairement laissés intacts et constituent autant d'exceptions certaines à la règle : on doit aussi être sûr que les textes abrogés étaient bien contraires à la loi nouvelle, qu'ils ne peuvent être considérés comme abrogés *sous réserve mentale de certains cas d'application*.

Pour que l'on ait cette certitude, il faut, et c'est la deuxième condition nécessaire pour que la méthode ne mérite que des louanges, qu'une *idée directrice*, qu'un critérium ait guidé le rédacteur de la loi dans sa recherche des textes à abroger, dans sa *chasse* (dit M. Savatier).

Or à ce double point de vue, il y a sans doute des réserves à faire.

1^o) Devait-on abroger ou modifier *toutes les dispositions où se rencontrait le mot : autorisation* ? certains auteurs ont manifesté la crainte qu'il ait été procédé ainsi, *sans idée directrice, sans critérium* :

« Il faudrait pourtant comprendre une fois pour toutes que l'autorisation maritale remplit des fonctions très diverses, tantôt elle lève l'incapacité (dès lors, partout où elle est prévue, elle doit disparaître, comme conséquence de la réforme poursuivie); tantôt elle permet à la femme de disposer de la pleine propriété de biens dont le régime matrimonial donne au mari l'usufruit (constitution de dot à des enfants au moyen de biens dotaux, sous le régime dotal) — art. 1555 C. Civ. —; tantôt elle donne à la femme le pouvoir d'engager la communauté (art. 1419..., 1029 C. Civ.); tantôt elle est la condition de la responsabilité que la loi inflige au mari à raison de l'acte de la femme... » ⁹

« Or, l'incapacité de la femme mariée étant supprimée, la fonction habilitante de l'autorisation disparaît; et sa disparition découvre l'existence d'autres fonctions sous-jacentes, lesquelles justifient, lorsqu'elles se rencontrent, le maintien de l'autorisation » ¹⁰

(9) VOIRIN, Notes parl. Rev. trim. de Droit Civil 1937, p. 208 et 209. V. également ESMEIN, Sem. jur., op. cit., n° 19.

(10) VOIRIN, Ibid., p. 209.

Le but poursuivi par le législateur était seulement de supprimer l'incapacité de la femme : il n'a jamais voulu enlever à la femme le moyen d'engager la communauté ou de faire donation de ses biens dotaux en toute propriété aux enfants, etc. L'idée directrice était de **supprimer l'autorisation habilitante** : le critérium à suivre consistait donc à rechercher, lorsqu'on se trouvait en présence d'un texte où il était question d'autorisation, si cette formalité était bien exigée et n'était exigée que pour *relever la femme de son incapacité*. Cela, d'ailleurs, n'aurait pas suffi.

Nous savons que l'incapacité de la femme mariée telle qu'elle résultait du Code Civil avait un double fondement : *l'autorité maritale* et la *fragilitas sexus*. Or la loi, nous l'avons vu, maintient, bien qu'atténuée, l'autorité maritale. Il aurait été logique de décider que, toute idée de protection se trouvant bannie dans les cas où l'autorisation habilitante est encore exigée, les conséquences que la loi attachait autrefois à l'idée de protection doivent disparaître, notamment :

α) L'autorisation de justice ne devrait pas pouvoir suppléer celle du mari (notamment s'il n'est plus chef de famille).

β) Le mari seul devrait avoir l'action en nullité.

γ) L'autorisation du mari ne devrait pas être exigée de la femme séparée de biens pour aliéner ses immeubles, car l'autorité maritale n'est pas en jeu, semble-t-il.

Sur tous ces points, nous le verrons, l'état des textes n'est pas toujours absolument satisfaisant pour la logique.

Ces questions seront reprises à leur place. Retenons seulement ceci pour le moment : étant donné *l'idée générale de la loi*, les textes exigeant l'autorisation maritale pour relever la femme d'une incapacité fondée sur sa faiblesse présumée devraient ne plus exister; l'incapacité, dans les cas où elle subsiste, devrait n'être plus fondée que sur le respect de l'autorité maritale.

2°) Est-ce que tous les abrogés, d'une part, et tous les textes non abrogés où il est question d'autorisation,

d'autre part, ont été effacés ou maintenus conformément à cette proposition ?

a) Etant donné le critérium qui aurait dû guider le législateur, il est certain que *certaines abrogations sont contestables*.

α) *L'art. 420, al. 2 C. Civ.* a été abrogé : donc la femme mariée peut désormais être subrogée tutrice sans le consentement de son mari. C'était par respect de l'autorité du mari que la femme devait obtenir son consentement : il n'y avait pas incapacité fondée sur la *fragilitas sexus* : en effet, c'était un des rares cas où l'autorisation de justice n'était pas supplétive de celle du mari¹¹. Il semble que le contrôle du mari aurait pu être conservé.

La situation paraît anormale si l'on considère que l'art. 405, al. 2 C. Civ. exige toujours l'autorisation du mari de la femme qui veut être tutrice : il est vrai que dans ce cas, le mari est cotuteur et son autorisation peut être encore considérée comme le fondement et la condition de sa responsabilité à ce titre.

β) On peut regretter également que *l'art. 1029 C. Civ.* ait été abrogé en entier. Il exigeait de la femme qui voulait accepter les fonctions d'exécutrice testamentaire, l'autorisation du mari. Il fallait bien admettre que cette autorisation, du moins pour la femme commune en biens, remplissait une double fonction. En cas de communauté, le mari autorisait sa femme d'abord pour la relever de son incapacité et ensuite pour que les créanciers des legs à exécuter par la femme puissent le poursuivre sur ses biens et sur la communauté.

Au contraire, sous le régime de la séparation de biens, l'autorisation du mari a seulement une fonction habilitante : les créanciers des legs n'ont aucune action contre le mari. C'est si vrai que l'art. 1029, al. 2 prévoyait, en cas de séparation de biens, l'autorisation de justice à défaut de celle du mari : c'est bien la preuve que, sous ce régime, il s'agit seulement de relever la femme de son in-

(11) V. PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. I, n° 968-3°.

capacité. L'abrogation de l'art. 1029, al. 2 était nécessaire depuis la loi du 18 février 1938, (quoique certaines considérations morales puissent faire apparaître comme étrange le cas d'une femme mariée qui exécuterait les dernières volontés d'un défunt sans le consentement de son mari).

Mais on aurait pu laisser intact l'alinéa 1 et continuer à exiger de la femme le consentement du mari comme condition de sa responsabilité sous le régime de la communauté. Il aurait suffi d'ajouter la mention *sous la communauté*. Il est vrai que le mari pourra toujours, par son concours formel, permettre à la femme d'engager la communauté.

b) La liste des articles *non abrogés et qui, logiquement auraient dû l'être* parce que l'autorisation dont ils parlent a seulement pour effet de relever la femme d'une incapacité fondée sur la *fragilitas sexus* est plus longue.

a) Plusieurs textes sont contenus *dans le titre du contrat de mariage* : les travaux préparatoires¹² nous font croire que s'ils n'ont pas été modifiés, c'est pour cette seule raison de place : il eût sûrement été préférable d'en examiner minutieusement les dispositions. Il en est ainsi des art. 1449, 1538, 1576 C. Civ. qui exigent toujours l'autorisation du mari ou de justice pour que la femme séparée de biens, judiciairement (1449), ou conventionnellement (1538) ou la femme dotale quant à ses paraphernaux (1576, al. 2) puisse aliéner ses immeubles.

Nous verrons, dans les sections suivantes, que d'autres articles auraient dû être modifiés sur ce point : par exemple art. 1413, 1416, al. 2, 1417 C. Civ. (où la mention de l'autorisation de justice, laquelle est toujours seulement habilitante — sauf art. 1427 C. Civ. — aurait dû être supprimée), etc...

Nous n'avons voulu ici donner que quelques exemples : il semble certain que, sous le prétexte que la réforme des

(12) V. amendement de M. PERNOT sur l'art. 2 du projet : J. O., D. P., Sénat 1936, p. 1563 et s. V. également J. O., D. P., Sénat 1936, p. 1551 et s.

régimes matrimoniaux était réservée¹³, l'on s'est cru dispensé de modifier certains articles du titre V du Livre III; il eût pourtant été logique de le faire.

Outre ces textes qui touchent directement aux régimes matrimoniaux (et que, pour cette raison, nous reprendrons ultérieurement), d'autres textes auraient dû logiquement disparaître.

β) On pense d'abord et surtout à *l'art. 4 C. Com.*

Nous avons indiqué¹⁴ pour quelles raisons on devait, selon toutes probabilités, conclure à son maintien en vigueur voulu par le législateur. Nous avons aussi fait ressortir son caractère anormal dans la nouvelle législation, tellement anormal qu'un auteur, négligeant les travaux préparatoires et les diverses raisons que nous avons rapportées, a estimé que l'art. 4 C. Com. était tacitement abrogé. C'est l'opinion de M. Bonnecase¹⁵.

Tout en déplorant que l'art. 4 C. Com. n'ait pas été abrogé, nous ne croyons pas que l'on puisse conclure à son abrogation tacite. La raison essentielle, nous l'avons déjà indiquée : il faut que la femme commerçante mariée sous le régime de la communauté puisse trouver du crédit et dans ce but, il faut que la communauté et son mari soient tenus de ses engagements : admettre cette raison, c'est reconnaître que l'autorisation du mari remplit, en l'espèce, une double fonction; elle relève la femme de son incapacité; elle lui donne aussi le *pouvoir d'engager le mari et la communauté*.

Puisque la femme n'a plus besoin d'être relevée de son incapacité, il aurait été logique que le législateur sans abroger l'art. 4 C. Com., en modifiât la rédaction pour bien

(13) Ce scrupule semble même avoir été poussé si loin, qu'un sénateur a pu hésiter à accepter le simple renvoi aux art. 1537 et 1575 C. Civ. mentionné dans l'art. 214 tel que M. RENOULT proposait de le rédiger, sous prétexte que rien n'était touché au titre du contrat de mariage. V. J. O., D. P., Sénat 1937, p. 355.

(14) Cf. ci-dessus, Ch. I, section III, § I, B.

(15) « Une ère nouvelle dans la structure de la vie de famille » dans Revue Générale du droit, de la lég. et de la jur., 1938, 1^{er} trim., p. 16; V. également « Mariages et régimes matrimoniaux », Paris 1938, n° 47, p. 115 et s.

indiquer que l'autorisation du mari n'était exigée que dans le but d'engager la responsabilité de ce dernier. Il nous paraît en somme que l'on aurait satisfait et au principe nouveau de capacité et au besoin de crédit de la femme commune, en faisant subir à l'art. 4 C. Com. la très légère modification suivante.

« La femme, **commune en biens**, ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari ».

Aucune modification, par contre, ne devait être apportée aux art. 5, al. 1 et 7 C. Com.

L'art. 5, al. 1 C. Com. nous indique l'effet du consentement marital : obligation du mari sans qu'il soit besoin d'une autorisation spéciale pour chaque acte de la femme.

L'art. 7 C. Com. est devenu inutile, mais n'est pas gênant. Il est évident que la femme commerçante du consentement de son mari, peut librement disposer de ses biens puisqu'en autorisant la femme le mari lui a donné pouvoir de disposer de la pleine propriété de ses propres dont la communauté était usufruitière.

Cette interprétation sera-t-elle donnée au maintien de l'art. 4 C. Com. par les tribunaux ? on peut le souhaiter : on ne peut guère y compter. En tous cas, tous les auteurs ont vu dans l'art. 4 C. Com. *un cas d'incapacité, stricto sensu* et dans le consentement marital qui y est exigé une *formalité habilitante*.

Si l'on considère au contraire le consentement du mari exigé par l'art. 4 C. Com. comme n'ayant plus une fonction habilitante, une conclusion doit tout de suite en être tirée : la femme non commune ou séparée de biens n'a besoin d'aucune autorisation pour faire le commerce.

Autre conclusion : si la femme commune en biens veut exercer un commerce sans le consentement de son mari, elle est désormais libre de le faire et n'a pas besoin de recourir à l'autorisation de justice. Evidemment, ni le mari, ni la communauté ne seront alors engagés.

A propos de l'autorisation de justice en la matière, la

jurisprudence et la doctrine n'étaient pas d'accord sur le point de savoir si elle pouvait suppléer celle du mari.

M. Escarra ¹⁶ s'est préoccupé du problème. Il a d'abord recherché si le fondement du consentement du mari devait être recherché dans le respect de la puissance maritale ou dans la nécessité de relever la femme d'une incapacité destinée à la protéger et il a conclu que ce consentement était fondé sur ces deux considérations : il est certain que le mari a un intérêt moral à être consulté par sa femme avant que celle-ci embrasse une profession aussi absorbante et dangereuse que celle de commerçant ; il est certain aussi que l'exercice de cette profession comporte l'accomplissement d'actes multiples que la femme était incapable de faire seule aux termes des anciens art. 215 et s. C. Civ. Donc, fondement double : nous ajouterons pour notre part que le consentement marital était encore la condition de la responsabilité du mari (art. 5 C. Com. et ancien art. 220 C. Civ. dont les termes étaient identiques).

Cela étant, l'autorisation de justice était-elle possible ? Pour la négative, on invoquait, outre les termes de l'art. 4 C. Com. qui n'en parlait pas, ce fait que les anciens art. 219, 221 et 222 C. Civ., qui réglementaient l'autorisation de justice, pouvaient s'appliquer seulement à un acte judiciaire ou extrajudiciaire, en tous cas à un acte isolé et non pas à l'exercice d'une profession. On invoquait encore l'intérêt moral du mari qui seul devait apprécier si sa femme pouvait ou non être commerçante sans porter préjudice aux intérêts du ménage ou de la famille dont il a la garde.

On disait aussi que le mari, en cas de communauté, ne devait pas pouvoir être engagé par les actes de sa femme exerçant le commerce seulement avec l'autorisation de justice. C'est certain, seulement il ne s'agissait pas de reconnaître à la femme, autorisée seulement de justice, le pouvoir d'engager la communauté et le mari. Jamais — sauf la seule exception de l'art. 1427 C. Civ. — l'autori-

(16) Op. cit., n° 317.

sation de justice ne remplit une autre fonction que celle d'habiliter la femme.

Malgré ces fortes raisons contre l'autorisation de justice en ce cas, la jurisprudence, approuvée, nous dit M. Escarra, par la doctrine la plus récente, a souvent admis que la femme pouvait être commerçante avec la seule autorisation de justice.

Elle admet de plus en plus — et la loi nouvelle ne pourra qu'accentuer cette tendance — que les pouvoirs du mari ne sont pas absolus mais soumis au contrôle de la justice¹⁷. Elle reconnaît donc aux Tribunaux le droit d'autoriser la femme à être commerçante lorsque le mari a *refusé* son consentement.

Mais si l'on est dans un des cas où le mari *ne peut pas* autoriser sa femme, on est obligé de donner des solutions différentes suivant que l'on fonde l'art. 4 C. Com. sur la puissance maritale ou sur l'incapacité; dans la première opinion, un mari, même mineur, doit et peut seul autoriser sa femme à faire le commerce. Au contraire, s'il est absent ou interdit, la femme n'a pas besoin de se munir de l'autorisation de justice, puisqu'elle n'est plus soumise à la puissance maritale. Dans la seconde opinion, comme la minorité, l'absence ou l'interdiction du mari n'empêchent pas la femme de rester incapable, elle doit toujours avoir recours à l'autorisation de justice.

Tel était, d'après M. Escarra, l'état de la question; la loi du 18 février 1938 est-elle susceptible de le modifier? Logiquement, oui : étant donné le principe proclamé dans l'art. 215 C. Civ. nouv., on devrait dire que la femme n'est pas plus incapable d'être commerçante que d'exercer une profession non commerciale et que l'autorité du chef de famille, qui remplace aujourd'hui la vieille puissance maritale, ne doit plus se manifester, dans un cas comme dans l'autre, que par un droit de veto avec recours de la femme au Tribunal. La tendance nouvelle serait respectée : l'exercice des prérogatives de chef de la famille

(17) PLANIOL, RIPERT et ROUAST. Traité pratique, t. II, n° 386.

serait soumis au contrôle de la justice, le Tribunal pouvant, en cas d'abus du droit du mari, donner à la femme mainlevée de l'opposition. La femme recouvrerait sa liberté; malgré l'intervention possible de la justice, on ne pourrait pourtant pas dire qu'elle aurait besoin de l'autorisation de justice, pas plus qu'un propriétaire, obligé de s'adresser à la justice pour faire cesser un trouble de jouissance, ne doit être considéré comme autorisé par la justice à jouir de son bien.

Une seule réserve s'imposerait : elle résulterait de l'organisation actuelle des régimes matrimoniaux : si la femme commerçante est mariée sous le régime de la communauté, ses obligations commerciales ne sont exécutoires sur les biens communs et sur ceux du mari que si ce dernier a donné son consentement à l'exercice de la profession commerciale.

Seulement, comme l'art. 4 C. Com. n'a pas été modifié en ce sens, comme les Tribunaux font souvent peu cas des travaux préparatoires et que d'ailleurs dans ceux-ci on ne trouve pas d'une façon nette cette distinction des fonctions de l'autorisation, on est conduit à penser que l'art. 4 C. Com. sera appliqué comme par le passé et constituera une exception — peut-être la plus importante — à la capacité de la femme — entendue au sens strict¹⁸.

Nous avons longuement parlé de l'art. 4 C. Com. : nous serons plus bref sur les autres dispositions qui exigent encore une autorisation habilitante et nous ne citerons que les plus importantes.

γ) *La loi du 13 juillet 1907* relative au libre salaire de la femme mariée était entièrement abrogée dans les des projets Renoult. Mais certaines de ses dispositions étaient reprises dans les textes nouveaux (art. 7 à 10 dans l'art. 214 des projets; art. 2, dans l'art. 216 des projets).

(18) On peut espérer pourtant que l'autorisation de justice sera plus facilement et plus généralement admise. V. M. ANGEL, op. cit., p. 93 et s. il suffirait d'invoquer l'art. 216 nouv. C. Civ. Cette solution serait illogique puisqu'elle consacrerait un cas d'incapacité en raison de la *fragilitas sexus*. Mais elle serait libérale pour la femme et il y aurait un progrès certain.

Deux sénateurs ont proposé par voie d'amendement que la loi de 1907 ne fût pas abrogée en entier : M. Pernot demandait que seuls disparaissent les art. 7 à 10 et M. Fourcade, dont la proposition fut acceptée, demandait en outre la disparition des art. 1^{er}, al. 5 (justifications à fournir par la femme), 2 et 6.

Les autres dispositions de la loi du 13 juillet 1907 sont donc encore en vigueur. En particulier, le maintien de l'art. 1^{er}, al. 4, crée certaines difficultés. Nous les examinerons ci-dessous section IV.

δ) *L'art. 1004 C. Pr. Civ.* interdit de compromettre sur les causes qui seraient sujettes à communication au Ministère Public. Or, l'art. 83-6° C. Pr. Civ. soumet, notamment, à cette communication les causes des femmes non autorisées par leur mari. On a déduit de la combinaison de ces deux textes que la femme ne peut faire un compromis sans l'autorisation de son mari et que cette autorisation ne peut être remplacée par celle de justice¹⁹.

Ces deux textes sont restés intacts; pourtant, la situation a changé puisque la femme est désormais capable et que l'autorisation maritale est supprimée, sauf dans les cas où elle est expressément maintenue. Peut-on considérer la combinaison de ces deux textes comme exigeant encore à titre exceptionnel l'autorisation du mari ? Cette solution est douteuse : il paraît préférable de considérer que *la femme est libre de compromettre* (à condition bien entendu de pouvoir disposer du droit litigieux, art. 1003 C. Pr. Civ.).

Seulement, comme l'art. 83-6° C. Pr. Civ. n'a pas été modifié, on pourra se demander si les causes où la femme compromettra devront être communiquées au Ministère Public. Comme il s'agit d'une mesure de contrôle et de protection de la famille, on peut l'admettre, selon nous²⁰.

(19) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 968-2°.

(20) V. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, chr. déjà citée, p. 27. M. ROUAST, dans son rapport à la Société d'Etudes Législatives. (Bull. 1935, p. 55 et s.), proposait que l'art. 83-6° C. Pr. Civ. soit limité aux causes des femmes dotales.

Il semble par conséquent que l'art. 1004 C. Pr. Civ. aurait dû être complété par la mention suivante : « *à l'exception des causes des femmes non autorisées par leur mari* ».

ε) De même encore l'art. 865 C. Pr. Civ. prévoit que la femme doit être préalablement autorisée par le Président du Tribunal lorsqu'elle présente une demande en séparation de biens. Il s'agit d'une formalité analogue au préliminaire de conciliation : d'ailleurs, la suite du texte nous indique que le Président du Tribunal peut, avant d'autoriser la femme, lui faire les observations qui lui paraîtront convenables. C'est si vrai que la demande en séparation de biens est justement dispensée du préliminaire de conciliation (art. 49-7° C. Pr. Civ.); mais le législateur a quand même voulu, vu la gravité du procès, que le Président essaye de dissuader la femme.

Cette autorisation n'est exigée que de la femme pour la raison simple que seule elle peut demander la séparation de biens (art. 1443 C. Civ.). Mais il ne nous semble pas qu'il faille y voir un cas d'incapacité : ici encore, c'est une question d'organisation de la procédure et de protection des intérêts de la famille. Il n'était donc peut-être pas opportun d'abroger cet article ²¹.

ζ) Au chapitre de la *tutelle*, où nous avons déjà signalé que le législateur avait eu tort, peut-être, de supprimer l'art. 420 C. Civ., on trouve par contre certaines dispositions qui édictent encore une incapacité de la femme, en ce sens que la formalité qu'ils exigent de la femme n'a qu'une fonction habilitante.

Nous ne voulons pas parler des art. 405 al. 2 et 480 al. 2 C. Civ. Si la femme a toujours besoin de l'autorisation de son mari pour accepter les fonctions d'une tutelle ou d'une curatelle, c'est en raison de la responsabilité qu'encourt celui-ci (il est d'ailleurs cotuteur).

Mais nous pensons à l'art. 395 C. Civ. La mère tutrice

(21) Contra : M. VOIRIN chr. D. H. 19 juillet 1934; il range l'art. 865 C. Pr. Civ. parmi les dispositions dont il faut déplorer le maintien.

qui veut se remarier, la tutrice qui veut se marier, doivent se faire autoriser par le conseil de famille à conserver leur fonction. L'art. 396 C. Civ. décide que le mari sera cotuteur et solidairement responsable de la gestion de sa femme postérieure au mariage.

Ce n'est pas le nouveau mari que l'on consulte ici, mais bien le conseil de famille dans l'intérêt du mineur. La femme est incapable *parce qu'elle se marie*, ou bien *parce qu'elle se remarie* et la loi craint que l'intrusion dans la famille d'un étranger aux mineurs ne leur porte préjudice. On peut s'étonner de voir le mari, qui n'a pas été consulté, solidairement responsable des actes de sa femme.

Il s'agit bien là d'une incapacité véritable; elle n'est pas une conséquence de l'autorité maritale; elle s'inspire du désir de protéger les enfants mineurs contre l'influence sur leur tutrice ou sur leur mère tutrice d'un mari qui ne leur est pas parent et qui va devenir leur tuteur, c'est-à-dire, au fond, de l'idée de *fragilitas sexus*.

Peut-être pourrait-on ajouter encore l'art. 391 C. Civ. : le mari peut, par testament, nommer à la mère survivante un conseil spécial dont elle devra être assistée : c'est une incapacité prolongée, en quelque sorte.

Tels sont les principaux textes d'où résultent — le régime matrimonial n'étant pas envisagé — certaines incapacités pour la femme.

Les unes se justifient par la nécessité de protéger les enfants mineurs (art. 391, 395, 396 C. Civ.), les autres s'inspirent des intérêts supérieurs de la famille (art. 4 C. Com. — dans la mesure où l'autorisation est habilitante — art. 1 al. 4 L. 13 juillet 1907, 83-6°, 1004 C. Pr. Civ. — sous grandes réserves — et 865 C. Pr. Civ. — sous les réserves indiquées).

Certains auteurs ont signalé enfin d'autres textes des divers codes et lois qui, selon eux, devraient être abrogés comme parlant encore d'autorisation maritale, d'incapa-

cité ou y faisant allusion. Faute de place, nous renvoyons aux études de ces auteurs²² et à ces textes eux-mêmes.

Pour conclure sur ces cas d'incapacité prévus par des textes non abrogés, recherchons rapidement ce que le législateur a voulu dire en parlant de *restrictions à l'exercice de la capacité résultant de limitations légales* (art. 215 C. Civ.).

L'histoire de cette formule est peut-être instructive : les deux projets étaient ainsi conçus : « *sous réserve des dispositions légales relatives aux divers régimes matrimoniaux* ». Cette formule était claire : seuls étaient maintenus les textes restreignant soit la capacité, soit les pouvoirs de la femme sous les divers régimes.

Lors de la première délibération, le texte avait été ainsi modifié par la Commission : « *...sous réserve des dispositions de l'art. 4 C. Com. et des dispositions légales relatives aux divers régimes matrimoniaux* ». Cette formule était plus complète et le rapprochement qui était fait entre l'art. 4 C. Com. et les régimes matrimoniaux nous semble un indice de plus pour pouvoir dire : si l'art. 4 C. Com. devait être maintenu, c'était seulement en tant qu'il représentait le moyen, pour la femme commune en biens, d'engager la communauté et le mari (question de pouvoir, non d'habilitation).

C'est à un amendement de M. Fourcade que l'on doit la rédaction finale de l'art. 215 ; deux catégories d'exceptions y sont prévues : les régimes matrimoniaux, d'un côté ; la loi, de l'autre : il semble que le législateur ait voulu par là s'éviter de rechercher dans les Codes et les Lois toutes les dispositions contraires : nous avons dit qu'il aurait au contraire dû le faire, étant donné la méthode employée par lui.

Il a été entendu que l'art. 4 C. Com. rentrait parmi les limitations légales : on y a mis aussi les prérogatives du mari, confondant puissance maritale et incapacité de la

(22). Cf. VOIRIN, chr. déjà citée ; NAST, Rép. not., 1934, art. 23.701 et 23.719.

femme. Quant aux véritables cas d'incapacité, il semble bien qu'ils n'aient pas été considérés.

D'ailleurs, M. Julliot de la Morandière nous indique que la Commission voulait modifier tous les Codes et Lois pour les mettre en harmonie avec le principe nouveau²³. Ce projet a été abandonné; mais s'il doit voir le jour, la réserve des limitations légales devra probablement disparaître.

Pour notre part, nous regrettons que la rédaction de l'art. 215 al. 2 C. Civ. n'ait pas été conservée telle qu'elle était dans les projets Renoult.

Elle aurait permis de conclure à l'abrogation tacite de tous les textes exigeant une autorisation purement habilitante — excepté ceux du titre V puisque cela a été entendu.

Telle est l'observation que fait M. Esmein²⁴ et elle servira de conclusion à ce § : *« On aurait pu... déclarer dans l'art. 215 que la capacité reconnue à la femme aurait pour conséquence l'abrogation implicite de toutes les dispositions particulières exigeant, pour un acte de la femme, une autorisation du mari ou de justice à seule fin de la relever de son incapacité... Les travaux préparatoires montrent que c'est l'idée générale suivie, mais qu'on ne l'a que partiellement envisagée ».*

§ 2. — L'AUTORISATION DE JUSTICE.

SANCTION DU DÉFAUT D'AUTORISATION.

Ce vœu, rétrospectif — si l'on peut dire —, n'ayant pas été réalisé, on est amené à se poser les questions suivantes :

Dans les cas où la femme est encore astreinte à la nécessité de l'autorisation pour être relevée de son incapacité (fonction habilitante), l'autorisation de justice peut-elle encore remplacer celle du mari ?

(23) Chr. déjà citée, p. 27.

(24) Sem. jur., op. cit., n° 21; adde Rép. not., 15 avril 1938, n° 25, p. 96 et s.

Dans ces mêmes cas, et si la femme ne peut justifier d'aucune autorisation ni du mari, ni de justice, quel est le sort des actes accomplis par la femme ?

La difficulté tient au fait que les art. 218 à 224 C. Civ. (autorisation de justice) ont été entièrement abrogés ainsi que les art. 225, 1304, 1312 C. Civ. (nullité des actes de la femme non autorisée).

A. La femme **peut-elle se faire autoriser par justice** à défaut d'autorisation de son mari ? et si oui, **comment** doit-elle s'y prendre ?

1° L'autorisation de justice est-elle **possible** ?

Nous allons voir qu'en réalité, la question n'est pas embarrassante pour les cas où il s'agit d'une formalité purement habilitante : reprenons ces divers cas.

D'abord, lorsque la formalité habilitante n'est pas l'autorisation maritale, cette question doit être écartée, car les art. 218 et s. C. Civ. permettaient à la justice de suppléer au défaut de l'autorisation maritale et d'elle seule : en ce qui concerne, par conséquent, les formalités habilitantes exigées de la femme dans les art. 395, 396 C. Civ. (autorisation du conseil de famille) et 391 C. Civ. (assistance de la mère tutrice par un conseil spécial désigné par le mari prédécédé), on doit admettre qu'elles ne peuvent pas être remplacées par l'autorisation de justice. L'organisation de la tutelle constitue un ensemble de règles où l'on ne peut pas, semble-t-il, raisonner par analogie.

Au cas où la mère tutrice se verrait refuser l'assistance du conseil spécial dont il est parlé à l'art. 391 C. Civ., on admet en général qu'elle aurait un recours devant le conseil de famille ²⁵.

Les art. 395 et 396 C. Civ. ne permettent sans doute aucune formalité supplétive puisque la tutrice qui ne s'est pas fait autoriser à conserver la tutelle après son ma-

(25) Contra : PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. I, n° 1854 : le recours devrait être porté devant le tribunal.

riage en est déchue de plein droit (art. 395 al. 2 et 3 C. Civ.).

Si la jurisprudence décide que la femme ne peut pas compromettre sans autorisation, il faudra décider, comme par le passé, que que seul le mari peut donner son autorisation (art. 83-6° et 1004 C. Pr. Civ. combinés).

Quant à l'art. 865 C. Pr. Civ., la formalité habilitante qu'il prévoit est déjà l'autorisation de justice.

Nous réserverons, nous l'avons dit, l'art. 1 al. 4 L. 13 juillet 1907 (ci-dessous section IV) ainsi que les art. 1449, 1538 et 1576, al. 2, C. Civ. qui touchent aux régimes matrimoniaux.

Reste l'art. 4 C. Com.

Avant la loi du 18 février 1938, on n'était pas d'accord sur le point de savoir si la femme, à défaut du consentement de son mari, pouvait être autorisée par justice à exercer la profession de commerçante.

Nous avons indiqué qu'à notre avis, depuis la loi nouvelle, l'autorisation maritale ne devrait être exigée que de la femme commune en biens. Comme l'autorisation aurait alors pour effet d'engager le mari et la communauté et n'aurait que ce seul effet, il conviendrait d'admettre ce corollaire que l'autorisation de justice ne pourrait remplir la même fonction.

En effet, « *les actes faits par la femme sans le consentement du mari et même avec l'autorisation de la justice n'engagent point les biens de la communauté...* », il est vrai que la suite de l'art. 1426 C. Civ. ajoute : « *...si ce n'est lorsqu'elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce.* »

Mais cette réserve devait très certainement être ainsi comprise : les actes de la femme commerçante n'ont pas besoin d'être autorisés par le mari, puisque *la femme ne peut être commerçante sans le consentement de son mari* : celui-ci donne un consentement en bloc pour l'exercice de la profession commerciale; les nécessités du commerce s'opposent à ce que la femme soit tenue d'obtenir une

autorisation spéciale pour chaque acte de commerce qu'elle est amenée à faire.

D'ailleurs, l'art. 1426 C. Civ. était en accord parfait avec l'art. 220 C. Civ. De plus, l'art. 5 C. Com. qui est la reproduction de l'art. 220 C. Civ. (aujourd'hui abrogé) indique assez par sa place (suivant immédiatement l'art. 4) que la femme commerçante n'engage la communauté que si elle exerce son commerce du consentement du mari,

Cette interprétation est conforme aux dispositions générales concernant le régime de la communauté, spécialement aux art. 1409-2° et 1419 C. Civ. Enfin on peut tirer un argument *a contrario* de l'art. 1427 C. Civ. La femme n'oblige la communauté munie de la seule autorisation de justice que si elle s'oblige pour tirer le mari de prison ou établir les enfants en cas d'absence du mari.

Par suite, si le rôle de l'autorisation était seulement d'engager la communauté et le mari, on devrait conclure que la justice ne saurait remplacer le mari.

Mais nous avons dit qu'il était peu probable que cette interprétation soit donnée au maintien de l'art. 4 C. Com.; que ce texte n'ayant subi aucune modification et que l'art. 215 C. Civ. réservant des *restrictions à l'exercice de la capacité provenant de limitations légales*, il était probable que le consentement marital conserverait son caractère de formalité habilitante.

Dès lors, quand l'autorisation de justice pourra-t-elle entrer en jeu ?

En cas de refus du mari, la femme pourra très certainement solliciter l'autorisation de justice — aux seules fins d'habilitation. En refusant son consentement, le mari use de sa qualité de chef de famille. Mais ses prérogatives sont, depuis 1938 plus qu'avant, soumises au contrôle de la justice.

Cette solution est parallèle avec celle que donne l'art. 216 C. Civ.; dans les deux cas, contrôle de la justice si le mari refuse son consentement (art. 4 C. Com.) ou

manifeste son opposition (art. 216 C. Civ.). Le mari accorde ou refuse son consentement en qualité de chef de la famille : lorsque cette qualité a cessé d'exister pour lui, c'est-à-dire en cas d'absence, d'interdiction, d'impossibilité de manifester sa volonté, de séparation de corps ou de condamnation à une peine criminelle pendant la durée de la peine (art. 216 al. 3 C. Civ.), quelle formalité doit remplir la femme qui désire être commerçante ?

La réponse à cette question varie suivant le fondement que l'on donne au consentement habilitant exigé par l'art. 4 C. Com. : si l'on y voit une mesure de protection pour la femme, réputée encore incapable, « *propter imbecillitatem sexus* », de discerner si elle peut sans danger entreprendre la profession commerciale, il faudra décider qu'alors la femme a tout autant besoin de protection et qu'elle devra se faire autoriser par le Tribunal; si au contraire on y voit plutôt une prérogative du mari, chef de la famille, en tous points semblable quant à son but à celle que l'art. 216 C. Civ. lui reconnaît, alors on doit reconnaître que la femme est entièrement libre et n'a besoin d'aucune autorisation pour être habilitée à faire le commerce.

L'idée générale de la loi, ses travaux préparatoires, son texte même indiquent assez que toute idée de *fragilitas* a disparu de nos lois — après avoir disparu de nos mœurs —, que si la femme n'a pas autant de liberté que l'homme, c'est parce que dans l'association conjugale, il faut assurer la prééminence de l'un pour le bien du ménage et de la famille. A notre avis, lorsque le mari a perdu la qualité de chef de famille, la femme recouvre pleine et entière liberté et peut entreprendre un commerce sans formalité habilitante. Il est juste d'ajouter encore une fois qu'agissant sans autorisation maritale, elle n'engagera ni le mari ni la communauté sur laquelle le mari conserve néanmoins les pouvoirs de chef.

Reste le cas de minorité, car *un mari mineur est chef de la famille*. L'art. 224 C. Civ. — en cas de minorité du

mari, c'est la justice qui doit autoriser la femme — est abrogé et cette mesure ne peut qu'être approuvée. MM. Planiol et Ripert signalent que cet article était une innovation du Code Civil : que dans l'ancien droit c'était le mari, bien que mineur, qui autorisait sa femme. Comme à l'idée de puissance maritale s'est ajoutée celle de protection de la femme, on ne pouvait pas permettre à un incapable d'habiliter une autre incapable (n° 964).

Toute idée d'incapacité de protection ayant été effacée dans la législation nouvelle, nous croyons qu'il faut décider que c'est le mari quoique mineur — d'ailleurs émancipé par son mariage (art. 476 C. Civ.) — qui doit autoriser sa femme à entreprendre un commerce.

Toutes ces solutions nous paraissent concordantes. Nous dirons — ce sera notre conclusion sur ce point —, que le mari, même mineur, doit habiliter sa femme à faire le commerce, que ce droit ne lui appartient qu'en sa qualité de chef de famille; que cette qualité ne comporte pas pour le mari un droit absolu; que la justice peut sur le *refus* du mari autoriser la femme; mais que son rôle ne s'étend pas plus loin et que si le mari *ne peut plus* autoriser sa femme parce qu'il n'est plus chef de la famille, celle-ci ne doit pas avoir besoin de l'autorisation de justice.

Il est peu probable que les Tribunaux admettent tout ce système de solutions et reconnaissent par exemple, que sous le régime de la séparation de biens, la femme, dont le mari a perdu la qualité de chef de famille n'ait besoin d'aucune autorisation pour être commerçante. Il est bien plus probable qu'ils ne changeront rien à leur jurisprudence, puisque le législateur n'a rien changé au texte.

Tout au plus peut-on espérer ne plus avoir de décisions reconnaissant pour fondement au consentement de l'art. 4 C. Com. l'incapacité de la femme fondée sur l'idée de protection. Mais il ne faut peut-être pas trop y compter, puisqu'il est généralement admis que l'art. 4 C. Com.

constitue une exception au principe que la femme n'a plus besoin de protection.

Si nous ne pouvons pas savoir comment jugeront nos Tribunaux, c'est-à-dire si les cas d'application de l'autorisation de justice seront plus ou moins nombreux, du moins il est certain qu'elle est encore parfois nécessaire à la femme. Or, les textes — ceux du Code Civil — qui organisaient la procédure ont été abrogés : comment résoudre ce problème ?

2° Fonctionnement de l'autorisation de justice.

Avant de prendre ce point en considération, nous devons faire une remarque essentielle : quelle que soit la fonction de l'autorisation de justice, la procédure est identique : seuls les effets varient ; par conséquent ce qui va être dit sera valable :

α) Lorsque l'autorisation a seulement une fonction habilitante (art. 4, C. Com. sous les régimes autres que la communauté).

β) Lorsque cette autorisation, outre sa fonction habilitante, donne à la femme le pouvoir d'engager certains biens (art. 1427, C. Civ.; art. 4, C. Com. sous la communauté).

γ) Lorsque cette autorisation relève la femme d'une incapacité résultant de son régime matrimonial (art. 1449, 1538, 1576... C. Civ.).

δ) Lorsque cette autorisation relève la femme d'une incapacité résultant de son régime et lui donne un pouvoir que son régime lui retirait (art. 1555 et 1556 C. Civ.).

Lorsque nous étudierons la capacité et les pouvoirs de la femme sous les divers régimes matrimoniaux, nous verrons que souvent, elle a besoin de l'autorisation de son mari et, à défaut, de celle de justice : nous n'aurons pas à ce moment besoin d'exposer pour chaque cas la procédure à suivre, nous l'allons faire une fois pour toutes, et d'une façon aussi brève que possible.

Les art. 218 à 221, C. Civ. ont été abrogés : peut-on néanmoins les considérer comme tacitement maintenus et les appliquer dans les cas où l'autorisation de justice est encore nécessaire ? C'est l'avis de la plupart des auteurs²⁶, avis qu'ils appuient souvent sur ce fait que les art. 861 à 864 C. Pr. Civ. n'ont pas été touchés.

Indiquons rapidement quelle est cette procédure.

Est-il nécessaire d'abord que la femme fasse constater d'une façon officielle, le refus du mari, doit-elle adresser par ministère d'huissier une *sommation* à son mari ? La loi l'exige (861) et l'on considère que c'est une précaution indispensable avant de saisir la justice. D'abord, il est possible que le mari, connaissant ainsi la volonté de sa femme d'obtenir l'autorisation de justice à défaut de la sienne, soit amené, si l'on peut dire, à reconsidérer la question et que si ses motifs de refus n'étaient basés que sur une fantaisie ou un caprice, il accorde finalement son autorisation.

Et même si cette sommation reste sans effet, si le mari maintient un refus basé sur des motifs sérieux, il n'est pas inutile qu'il soit constaté par acte authentique. Cet acte authentique est sûrement un meilleur argument pour la femme qu'un simple dissentiment, peut-être passager et il y a moins de chances, croyons-nous, qu'un mari, sommé de donner son consentement et s'y étant refusé, l'accorde lorsqu'il est appelé au Tribunal et que la femme ait, ainsi, en vain, présenté sa requête.

C'est en effet par une *requête* adressée au Président du Tribunal du domicile conjugal, que la procédure est mise en mouvement : cette requête tend à ce que le Président autorise la femme à assigner son mari. Il rend une ordonnance de permis de citer, et la femme assigne son mari à comparaître en la Chambre du Conseil. Ce dernier est entendu, en principe, et le Tribunal, selon les cas, accorde ou refuse à la femme l'autorisation de faire l'acte pour lequel il a été sollicité. Le Tribunal peut statuer même si

(26) V. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Chr. D. H., 24 mars 1938; ESMEIN, G. P. 1938, 1^{er} sem., p. 41; VOIRIN, chr., D. H., 19 juillet 1934.

le mari n'a pas comparu; mais le Ministère Public devra obligatoirement conclure (art. 861 et 862 C. Pr. Civ.).

Telle est la procédure en cas du *refus du mari*.

Logiquement, on ne devrait plus avoir à s'occuper d'autres cas; lorsque le mari *ne peut pas* autoriser sa femme, celle-ci devrait être libre puisqu'elle n'est plus incapable en raison de son sexe.

Mais nous savons que cette idée générale n'a pas été appliquée intégralement par le législateur. L'art. 4 C. Com. n'a pas été modifié; les art. 1449, 1538 et 1576, al. 2, C. Civ. sont intacts (et la femme séparée a toujours besoin d'une autorisation pour aliéner ses immeubles ou faire le commerce). Si le mari est interdit ou absent, elle devra s'adresser à la justice.

D'ailleurs cette autorisation a, dans un cas particulier art. 1427 C. Civ.) un autre rôle que d'habiliter la femme quand le mari est dans l'impossibilité de le faire, si bien qu'il faut encore chercher comment les choses se passeront lorsque le mari ne pourra pas autoriser sa femme.

En cas de condamnation du mari à une peine criminelle et pendant la durée de sa peine (même s'il s'est soustrait aux juges et a été condamné par contumace), la procédure est la même qu'en cas de refus, à cette différence près que l'audition et même la citation du mari n'est pas obligatoire. (ancien art. 221 C. Civ.).

En cas d'absence déclarée, ou même simplement présumée, la procédure comporte — en moins, bien entendu, l'audition du mari — et en plus la commission d'un juge rapporteur (art. 863 C. Pr. Civ.).

Si le mari est interdit ou s'il a été condamné pour abandon de famille, la procédure est la même que précédemment mais la femme doit produire, à l'appui de sa requête, le jugement d'interdiction (et, croyons-nous le jugement condamnant le mari pour abandon de famille) (art. 222, C. Civ. abrogé et 864 C. Pr. Civ.).

En cas de minorité²⁷ la procédure ne comporte pas

(27) Dans ce cas, nous croyons d'ailleurs que, depuis 1938, c'est le mari qui doit autoriser sa femme.

non plus — semble t-il — l'audition du mari (art. 224, C. Civ. abrogé).

On doit conclure que le législateur n'aurait pas dû abroger les articles du Code Civil réglementant l'autorisation de justice. puisque cette autorisation est encore exigée par lui de la femme dans de nombreux cas. On ne comprend pas d'ailleurs pourquoi il n'a pas abrogé aussi les art. 861 à 864, C. Pr. Civ. qui sont en relation directe avec les anciens articles 218, 219, 221, 222 et 224, C. Civ. Et l'on doit décider, comme le fait M. Esmein, que ces articles du Code Civil n'ont été abrogés que sous la « *réserve mentale* »²⁸ des cas où l'autorisation de justice est encore exigée.

La même constatation peut être faite lorsqu'on se demande quel est le sort des actes faits par la femme sans aucune autorisation et quel est le régime de l'action en nullité qui sanctionne les cas d'incapacité de la femme mariée.

B. Quelle est la sanction du défaut d'autorisation.

Nous savons que l'autorisation du mari peut remplir des fonctions variées. Lorsqu'elle fait défaut, la sanction doit varier selon la fonction qu'elle devait remplir : si la femme en avait besoin pour être habilitée, l'acte est nul comme accompli par une incapable : c'est la nullité relative. Si elle était nécessaire seulement pour donner pouvoir à la femme d'engager la communauté (art. 1426 p. ex.) l'acte est valable, mais n'est pas exécutable sur les biens communs. Si l'autorisation valait renonciation du droit de jouissance (art. 1555 p. ex.), son défaut a pour résultat de réduire la disposition à la nue-propriété.

En somme, à condition de *varier la sanction selon la fonction de l'autorisation*, il semble qu'il ne puisse pas y avoir de difficulté. Encore qu'en fait, ces fonctions soient

(28) G. P., 1^{er} sem. 1938, chr., p. 41.

souvent confondues et qu'on puisse être embarrassé pour les discerner.

Mais une difficulté provient du système d'incapacité que le Code a institué pour la femme mariée. L'incapacité elle-même a un *double fondement* : le respect de l'autorité maritale et la nécessité de protéger la femme présumée faible. Ces deux principes aboutissent à des conséquences diverses que la loi a combinées.

Nous savons que l'idée générale du législateur en 1938 a été de supprimer l'incapacité de la femme dans la mesure où elle était justifiée par une *idée de protection*, mais de maintenir les prérogatives du mari soit sur sa personne, soit sur ses biens. Il faudrait donc chercher parmi les règles touchant à l'incapacité de la femme mariée, celles qui ont disparu parce qu'elles se rattachaient à l'idée de *fragilitas sexus* et celles dont le maintien est encore justifié.

Or, le législateur, bien loin de faire cette discrimination, a supprimé en bloc tous les textes parlant de la nullité ce qui n'est pas fait pour simplifier la tâche de l'interprète.

Nous nous bornerons ici à l'étude de la sanction du défaut d'autorisation lorsque celle-ci était *habilitante*, autrement dit, à l'étude de la nullité. Quel est le *caractère et le régime* de cette nullité ? *Qui peut l'invoquer* ?

a) Doit-on admettre toujours qu'il s'agit d'une *nullité relative*, puisque l'on sait que ce genre de nullité constitue l'exception et que la nullité relative est destinée en principe à la protection des incapables ou des personnes dont le consentement a été vicié ?

Si le législateur avait envisagé les conséquences du maintien des textes où l'autorisation habilitante était encore exigée (art. 1449 notamment), on pourrait peut-être répondre facilement à cette question. Mais nous ne trouvons aucune indication dans les travaux préparatoires. La femme séparée de biens doit être autorisée pour aliéner un immeuble : est-ce pour respecter la qualité de

chef de famille du mari ? est-ce parce que la loi présume sa faiblesse ? ²⁹.

Il nous semble que l'autorisation du mari est exigée pour respecter sa qualité de chef de famille : il doit être consulté si la femme veut vendre un bien dont les revenus permettent peut-être à la famille de vivre. Mais s'il en est ainsi, l'autorisation de justice ne devrait pouvoir suppléer qu'au cas de refus du mari (car l'autorité maritale est désormais sous le contrôle de la justice) et jamais si celui-ci est dans l'impossibilité d'autoriser, par exemple dans les cas où il n'est plus chef de famille. Or l'art. 1449, pour ne parler que de celui-là, ne distingue pas.

M. Esmein ³⁰ estime que les décisions de jurisprudence sur ce point devraient être les suivantes : toute idée de *fragilitas sexus* ayant disparu, l'autorisation de justice ne pourra pas jouer au cas où le mari n'est plus chef de famille (anciens art. 221, 222, 224, nouvel art. 213, al. 3).

Mais si telle doit être la jurisprudence, il sera logique de supprimer toutes les règles qui étaient attachées à l'idée de *fragilitas sexus*. Le mari *seul* pourra désormais attaquer l'acte irrégulier : seul il y a intérêt. S'il ratifie l'acte, celui-ci devient pleinement valable.

Bien qu'il y ait là un des principes directeurs de la loi nouvelle, que nous avons essayé de mettre en relief ³¹, il faut admettre, croyons-nous, que l'idée de protection de la femme n'est pas exclue des art. 1449, 1538, etc... Le mari fait bien respecter une de ses prérogatives de chef, si l'on veut, mais c'est que la femme par faiblesse pourrait compromettre l'avenir de la famille. Elle doit être protégée contre elle-même non pas dans son intérêt mais dans l'intérêt de la famille. On pourrait aussi dire que le mari en sa qualité de chef de famille *doit protection à sa femme*, que cette protection peut se manifester par un refus d'autoriser un acte grave et dangereux.

(29) En réalité, c'est tout simplement parce que la réforme du titre V a été ajournée; mais il faut bien trouver un fondement à l'art. 1449 C. Civ.

(30) Sem. jurid., 20 mars 1938. n° 28 et s.

(31) Cf. ci-dessus § I, B. 1°.

Quoiqu'il en soit, il faut, semble-t-il décider que la nullité pour incapacité *est de même nature après la loi de 1938 qu'avant* puisque la loi nouvelle laisse subsister des cas d'incapacité proprement dite.

Il faut sans doute continuer à appliquer les règles anciennes, malgré l'abrogation malencontreuse des art. 225, 1304 et 1312 C. Civ. ³².

C'est-à-dire que l'action en nullité appartiendra :

α) *au mari* : tant que dure le mariage, il n'a pas besoin d'invoquer un intérêt pécuniaire : l'intérêt moral suffit. Il perd son droit s'il a induit les tiers en erreur par son indifférence ou s'il a abandonné sa femme;

β) *à la femme* elle-même, sauf si elle a commis une fraude;

γ) *à leurs héritiers*;

δ) *à leurs créanciers* selon l'art. 1166 C. Civ.

ε) quant *au tiers*, il est admis qu'il peut refuser d'exécuter son obligation tant que la femme n'aura pas fait connaître ses intentions ³³.

La prescription de dix ans doit s'appliquer : elle court du jour de la dissolution du mariage pour l'action de la femme, et du jour de l'acte pour l'action du mari.

Enfin la confirmation par le mari n'empêche pas l'action de la femme; la confirmation par la femme n'enlève l'action au mari que si elle intervient avec son consentement ou bien après séparation de corps ou la dissolution du mariage.

Pourtant M. Voirin ³⁴ est d'un autre avis : « ... *il faut chercher les règles applicables dans les textes abrogés, mais en tenant compte du changement de point de vue, l'incapacité dans la mesure où elle subsiste, est dépouillée de toute idée de protection de la femme; seule, la protection de la primauté reconnue au mari, chef de la famille est en jeu. Par suite, il est rationnel de décider que seul*

(32) Telle est l'opinion de M. SAVATIER, op. cit., n° 23.

(33) Cf. COLIN CAPITANT et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, op. cit., t. 3 8^e édition : PLANIOL, RIPERT et ROUAST. Traité Élémentaire, t. 2, n° 374 et s.

(34) Revue trim. de Droit Civil, 1938, p. 347.

le mari est admis à invoquer la nullité, que la confirmation par le mari couvre la nullité, que la prescription de l'action en nullité court du jour de l'acte annulable. »

Tels sont les deux partis entre lesquels la jurisprudence aura à choisir. Il semble que la voie indiquée par M. Voirin serait la meilleure mais on peut penser que les Tribunaux, constatant le maintien partiel de l'incapacité de la femme mariée, décideront comme avant la loi.

A notre connaissance, il n'y a pas encore eu de décision sanctionnant le défaut d'autorisation de la femme. Quant à la possibilité et au fonctionnement de l'autorisation de justice, quatre jugements peuvent être signalés.

Suivant l'un³⁵, la Chambre du Conseil est désormais incompétente pour statuer sur la question de savoir si l'autorisation maritale est toujours nécessaire à la femme commune en biens, pour contracter un emprunt hypothécaire sur un immeuble lui appartenant en propre et engager les loyers de cet immeuble contrairement aux dispositions de l'art. 1421 C. Civ. toujours en vigueur. Le motif invoqué est l'abrogation de l'art. 219 C. Civ. par la loi de 1938.

De même³⁶ elle n'est pas compétente pour interpréter les clauses restrictives d'un contrat de séparation de biens lors qu'une instance en divorce est par ailleurs engagée, elle ne peut donc autoriser la femme à exercer une action en recouvrement contre un tiers.

Mais ces deux jugements d'incompétence laissent entière, selon nous, la question de savoir si la justice peut encore autoriser la femme dans les cas où cette autorisation est encore reconnue nécessaire. Et deux autres jugements ont résolu cette question par l'affirmative.

L'un³⁷ reçoit une demande d'autorisation tout en déclarant qu'il n'y a lieu de statuer sur elle (une femme commune voulait vendre des biens en nue-propriété et

(35) Bordeaux (Ch. Cons.), 6 juillet 1938, G. P., 18 octobre 1938.

(36) Seine (Ch. Cons.), 17 mars 1938; G. P. 1938, 1, 783; G. T. 1-2, Avril 1938; La Loi 21 mai 1938.

(37) Seine (Ch. Cons.), 17 nov. 1938; G. T. 11-13 déc. 1938.

des biens en toute propriété; pour les premiers aucune autorisation n'est nécessaire : pour les seconds, l'autorisation maritale peut seule permettre l'aliénation de la pleine propriété)³⁸.

Le dernier enfin³⁹ accorde à une femme séparée de biens l'autorisation d'aliéner un immeuble propre; il s'agissait de l'application de l'art. 1538 C. Civ.

Il semble donc certain que les tribunaux continueront à appliquer, malgré leur abrogation intempestive, les textes du Code Civil réglementant l'autorisation de justice dans les cas où les textes l'exigent encore.

SECTION II

POUVOIRS ET CAPACITE DE LA FEMME SOUS LES REGIMES DE SEPARATION DE BIENS

Nous avons réuni sous un même vocable le régime de la séparation de biens — conventionnelle ou judiciaire — et le régime dotal, parce que, dans un cas comme dans l'autre, ce qui frappe, c'est la séparation des biens de chacun des époux.

Puisque les fortunes restent séparées, la femme doit avoir sur ses biens, tous les pouvoirs, même si elle est incapable de s'en servir : par exemple, la femme séparée de biens n'a pas la capacité d'aliéner ses immeubles (art. 1449, al. 3 C. Civ.), mais son mari, lui, n'a pas reçu pouvoir de le faire (sauf mandat spécial) et c'est elle qui aliénera son immeuble lorsque l'autorisation du mari ou de la justice lui aura donné la capacité de le faire.

Si bien que pour la femme séparée de biens, seule la capacité doit être examinée : elle a tous les **pouvoirs** pour accomplir sur ses biens propres les actes dont elle est **capable**, ou pour lesquels elle est **autorisée**.

(38) Cf. pour le droit d'hypothéquer : Seine 1^{er} déc. 1938 : G. P. 31 janv. 1939.

(39) Seine, 24 nov. 1938. G. T. 11-13 déc. 1938.

La situation est la même sous le régime dotal qui comporte aussi la séparation des fortunes; mais un autre trait caractéristique de ce régime consiste en ceci : sur certains biens meubles ou immeubles qui restent — en général — la propriété de la femme, le mari reçoit un droit d'administration et de jouissance; de plus, le droit de disposer de ces biens n'existe pas¹, sauf exceptions.

Sur les biens dotaux, la femme n'a donc aucun pouvoir, mais la clause contraire dans le contrat de mariage est possible soit pour le droit d'administration², soit pour le droit de disposition; la loi prévoit elle-même certains cas où le pouvoir de disposer de l'immeuble dotal est rendu à la femme (art. 1558 C. Civ. par exemple).

Lorsque la femme dotale s'est réservé le *pouvoir d'administrer* ses biens dotaux, elle le fait sans avoir besoin d'aucune autorisation habilitante : elle a, en effet, comme toute femme séparée de biens, la capacité de faire les actes d'administration (art. 1449, 1536 et 1576, al. 1 C. Civ. — V. ci-dessous § 2).

Mais lorsque la femme dotale a, par exception, le *pouvoir de disposer* de ses biens dotaux, elle ne peut le faire qu'avec une formalité habilitante parce que la femme, séparée de biens n'a pas la capacité de faire des actes de disposition (V. ci-dessous *ibid.*).

La situation de la femme dotale présente donc un aspect particulier : c'est pourquoi nous étudierons dans un premier § la question de ses pouvoirs; puis nous étudierons ensuite la capacité de la femme séparée de biens (qui est la même que celle de la femme dotale sur ses paraphernaux et sur ses biens dotaux lorsqu'elle a — par exception — des pouvoirs sur eux). Enfin la question de la capacité de la femme séparée de corps fera l'objet d'un dernier et court §.

(1) En ce qui concerne les immeubles, car la jurisprudence permet au mari d'aliéner les meubles dotaux.

(2) A dire vrai, l'art. 1549, al. 3 C. Civ. prévoit seulement des clauses ayant trait à la jouissance. C'est la jurisprudence qui permet à la femme de se réserver l'administration de certains biens dotaux : V. D. 1886.1.249.

§ I. — POUVOIRS DE LA FEMME DOTALE SUR LES BIENS DOTAUX.

Ils sont, nous l'avons dit, *exceptionnels*.

A. — Administration et jouissance.

« ... Il peut être convenu, par le contrat de mariage, que la femme touchera annuellement, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels » (art. 1549, al. 3 C. Civ.).

Il semble, d'une part, qu'une telle clause n'ait pas pour effet d'enlever au mari l'administration des biens dont la femme est ainsi autorisée à percevoir les revenus³, mais que, d'autre part, une clause réservant à la femme l'administration de ses biens dotaux n'est pas interdite⁴. En l'insérant dans leur contrat de mariage, les époux ne contreviennent pas à l'art. 1388 C. Civ., car le droit d'administration et de jouissance du mari sur les biens dotaux n'est pas de ceux qui lui appartiennent *comme chef*. La liberté des conventions matrimoniales joue (art. 1387 C. Civ.). La jurisprudence, d'ailleurs, en admet la validité⁵.

Cette clause paraissant *valable*, quels en sont les *effets* ? nous supposons que la femme s'est réservée à la fois l'administration et la jouissance de ses biens dotaux.

Il est certain que la femme sera entièrement libre de percevoir les fruits ou les revenus de ses biens dotaux. La loi le dit expressément (art. 1549, al. 3 C. Civ.) Mais des termes de la loi, on doit aussi déduire que le droit de jouissance réservé à la femme ne peut porter que sur *une partie des revenus dotaux*. Et cela s'explique : les revenus dotaux sont destinés à subvenir aux charges du ménage : parmi ces charges, figurent — souvent pour une large part — l'entretien et les besoins personnels de la femme : on comprend que la femme ait la possibilité de régler ses

(3) Cf. COLIN et CAPITANT : op. cit., t. III, 5^e édition, p. 288. PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. III, n^o 1520 et s.

(4) COLIN et CAPITANT, op. cit., p. 285. PLANIOL et RIPERT, op. cit., n^o 1521. Contra : LYON-CAEN, note D. 86.1.161. AUBRY et RAU, 5^e édition, t. VIII, § 535, note 16. LABBÉ, Rev. crit., 1887, p. 442 et s.

(5) Cf. ci-dessus, note (3).

dépenses elle-même : on ne comprendrait pas que pour son entretien personnel — partie des charges du ménage — elle perçoive elle-même tous les revenus dotaux.

Quant aux actes d'administration qu'une telle clause permet à la femme, il peut y avoir doute. Il semble que l'on devrait décider qu'une femme dotale qui administre ses biens dotaux peut faire les mêmes actes qu'une femme séparée de biens sur ses propres ou qu'une femme dotale sur ses paraphernaux. La capacité, dans ces trois cas, est identique.

Or, nous verrons que le pouvoir d'administrer comporte parfois le pouvoir d'aliéner les meubles, lorsque cette aliénation peut être considérée comme justifiée par l'administration. La femme, qui administre ses biens dotaux, peut-elle aliéner ses meubles dotaux ? la réponse affirmative à cette question semblerait logique : le mari, en général administrateur des biens dotaux, a, selon la jurisprudence, le droit d'aliéner les meubles dotaux ; lorsque la femme administre sa dot, elle doit avoir le même droit.

Mais il paraissait paradoxal à plusieurs auteurs que la femme dotale pût aliéner ses meubles dotaux étant donné qu'elle ne pouvait aliéner ses paraphernaux ni meubles, ni immeubles, sauf qu'elle pouvait — selon la jurisprudence — aliéner ses meubles pour les besoins de son administration. Il n'était donc pas question de lui accorder les mêmes pouvoirs qu'au mari et de lui permettre d'aliéner les meubles dotaux dans tous les cas. Seule devait être considérée comme valable une aliénation de meubles dotaux nécessitée par les besoins de l'administration.

Nous verrons que, depuis la loi du 18 février 1938, on peut espérer que la jurisprudence admettra, pour les femmes séparées de biens, la possibilité illimitée d'aliéner tout leur mobilier ; s'il en est ainsi, on pourra admettre que la femme dotale sera libre d'aliéner ses meubles dotaux.

Mais, en réalité, ce pouvoir nouveau sera sans doute

de peu d'utilité car il n'y a pas de raison ⁶ pour que change la jurisprudence selon laquelle la dot mobilière, si elle peut être aliénée valablement par le mari, ne peut être compromise par aucun acte de la femme; elle est inaliénable tout comme la dot immobilière.

Lorsque la dot est administrée par le mari, cette inaliénabilité, *relative à la femme seulement*, a surtout pour effet de lui interdire de renoncer à l'hypothèque légale qui garantit la créance de reprise de la dot mobilière qu'elle a contre son mari. Lorsqu'au contraire, c'est elle qui administre sa dot — c'est le cas envisagé — cette inaliénabilité lui interdit de disposer de ses meubles dotaux. Mais on sait qu'il est permis aux époux *d'écarter, dans leur contrat, la règle de l'inaliénabilité* (art. 1557 C. Civ.).

La loi du 18 février 1938 apportera-t-elle ici un changement ? nous le croyons. Cette clause, si elle écartait l'inaliénabilité — absence de pouvoir — n'écarterait pas l'incapacité ou du moins, si l'on y voyait une *autorisation générale* donnée par le mari à la femme, elle ne valait que pour les actes d'administration aux termes de l'art. 223 C. Civ.

Aujourd'hui — à condition bien entendu que la jurisprudence reconnaisse la femme séparée comme capable d'aliéner tout son mobilier — si le contrat de mariage écarte l'inaliénabilité des meubles dotaux tout en en réservant l'administration à la femme, celle-ci pourra librement les aliéner, puisqu'elle a reçu : de la loi, *capacité de le faire* (art. 215 C. Civ.) et du régime adopté par contrat, *pouvoir de le faire*.

B. — Disposition des biens dotaux.

On vient de voir que les époux avaient la faculté *d'écarter l'inaliénabilité de la dot mobilière*, clause qui en donnera probablement à la femme, la libre disposition, lorsqu'elle s'en sera réservé l'administration.

(6) Le titre V n'ayant pas été modifié et l'inaliénabilité dotale n'ayant pas été discutée.

Une autre clause est possible : elle consiste à écarter la règle de l'inaliénabilité de la *dot immobilière*. D'autre part, la loi écarte elle-même cette règle dans certains cas. Nous allons examiner successivement les *exceptions conventionnelles*, puis les *exceptions légales* à la règle.

a) **Clauses dérogatoires à la règle de l'inaliénabilité dotale.**

L'art. 1557 C. Civ. *en autorise l'emploi*. C'est une des principales — et sans doute une des plus utiles — applications du principe de la liberté des conventions matrimoniales.

Ces clauses doivent être *interprétées restrictivement*, selon la jurisprudence⁷ et leur rédaction minutieuse présente dès lors un grand intérêt.

Enfin, le plus souvent, l'aliénation n'est autorisée qu'à *charge de remploi* et l'exécution du remploi est une condition de validité de l'acte. Nous ne pouvons exposer ces divers points, ce qui nous entraînerait trop loin.

Indiquons seulement *comment* cette aliénation sera faite ? les deux époux doivent signer l'acte de vente (pour simplifier, nous ne nous occuperons que de ce seul cas d'aliénation)⁸, la femme intervient parce qu'elle est propriétaire; le mari intervient d'abord pour autoriser sa femme incapable, ensuite, parce qu'il a la jouissance du bien (sauf clause contraire); telle était la situation avant la loi du 18 février 1938.

L'octroi de la capacité à la femme amène-t-il ici un changement ? nous ne le croyons pas. En effet, la femme dotale pas plus que la femme séparée de biens *n'est capable de disposer de ses immeubles*; on n'est même pas sûr que les Tribunaux lui reconnaîtront la capacité d'aliéner ses meubles. Par conséquent, la femme dotale qui veut aliéner un immeuble dotal exceptionnellement déclaré

(7) V. PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 1547 où cette jurisprudence est rapportée. V. de même COLIN et CAPITANT, op. cit., p. 312 et 313.

(8) Mais la situation est la même, qu'il s'agisse d'une aliénation totale ou partielle (démembrement de propriété) ou même d'un engagement exécutable sur le bien dotal qui, en principe, est insaisissable.

aliénable dans son contrat, alors même qu'elle s'en serait réservé la jouissance, devra encore obtenir l'autorisation maritale ou de justice pour être habilitée.

L'autorisation maritale aura le double effet d'habiliter la femme et de constituer, de la part du mari, renonciation à son droit de jouissance.

Mais l'autorisation de justice aura seulement, — comme c'est la règle — une fonction habilitante et une vente d'immeuble dotal seulement autorisée par justice ne sera pas opposable au mari.

L'application de cette règle est faite par les art. 1555 et 1556, al. 2 C. Civ.; il s'agit, dans ces textes, d'exceptions légales; mais les principes généraux et l'identité des motifs doivent entraîner la même solution dans tous les cas.

Puisque la femme dotale n'a pas reçu la capacité de disposer de ses immeubles, pas plus que la femme séparée de biens, les art. 1419, 1538 et 1576 C. Civ. ayant été maintenus et — selon les travaux préparatoires — intentionnellement maintenus, on est amené à conclure qu'aucun changement depuis la loi nouvelle ne s'est produit dans la situation de la femme à qui son contrat restitue — par exception — le pouvoir de disposer de l'immeuble dotal en le rendant aliénable.

Mais si cette clause a trait à des meubles dotaux (valeurs mobilières par exemple) et si la jurisprudence reconnaît à la femme séparée la capacité de disposer de ses meubles, il faudra admettre que l'autorisation du mari sera toujours nécessaire lorsqu'il aura la jouissance de ces valeurs mobilières; mais la femme n'aura besoin d'aucune autorisation, ni de mari, ni de justice si c'était elle qui touchait, sur ses seules quittances, les coupons du titre qu'elle désire vendre.

b) Exceptions légales à la règle de l'inaliénabilité dotale.

Les art. 1555, 1556, 1558 et 1559 C. Civ. rendent, par exception, à la femme le pouvoir d'aliéner ses immeubles dotaux.

L'idée générale qui a guidé le législateur, c'est que dans les cas énumérés, ou bien l'aliénabilité correspond au but même de la dot (art. 1555, 1556, al. 1, 1558 al. 2, 3, 4 C. Civ.) ou bien il s'agit d'une *aliénation nécessaire* (art. 1558, al. 5, 6, C. Civ.) ou enfin d'une aliénation *qui ne contredit pas le but poursuivi* (art. 1556, al. 2, 1558, al. 4 et 8 — loi du 2 avril 1932 — et 1559 C. Civ.).

Mais si l'inaliénabilité était ainsi écartée, restait l'incapacité de la femme; la loi du 18 février 1938 n'apporte ici aucun changement car dans tous ces cas, la loi indique toujours que la femme a besoin de l'autorisation du mari ou de celle de justice ou des deux à la fois (art. 1556, al. 2 C. Civ.).

Les fonctions différentes de l'autorisation nécessaire apparaissent dans les art. 1555 et 1556 C. Civ.

Si la donation n'est faite qu'avec l'autorisation de justice, elle ne sera pas opposable au mari qui conservera son droit de jouissance sur le bien aliéné (art. 1555 C. Civ.).

Pour la même raison, il nous paraît certain, bien que les art. 1558 et 1559 C. Civ. ne parlent que de l'autorisation de justice, que l'aliénation ne vaudra pour la pleine propriété que si le mari a consenti à l'aliénation ^{8 bis}, ce qui vaut renonciation à son droit de jouissance.

En effet — et c'est une observation importante — l'autorisation de justice dont-il s'agit ici n'est pas cette autorisation supplétive de celle du mari et destinée à relever la femme de son incapacité. *C'est une mesure de protection, non de la femme, mais de la dot.* Ces aliénations présentent un caractère exceptionnel et les cas sont énumérés limitativement par la loi — quoique la jurisprudence ne procède pas à une interprétation restrictive de ces cas ⁹. Il n'est pas mauvais que la justice s'assure que l'aliénation projetée correspond bien aux exceptions prévues par la loi et que les époux, de connivence, n'essayent pas de détourner la dot de sa destination.

Ce contrôle de la justice, qui est obligatoire pour les

(8 bis) Sauf, peut-être, dans le cas de l'art. 1558, al. 2 (anal. avec 1427 C. Civ.).

(9) V. PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 1564.

cas prévus aux art. 1556, al. 2, 1558 et 1559 C. Civ. n'est pas exigé par les art. 1555 et 1556, al. 1 C. Civ. Comment expliquer cette différence ? ¹⁰

α) L'art 1555 C. Civ. permet à la femme de faire donation de ses biens dotaux pour l'établissement des enfants qu'elle aurait eus d'un précédent mariage. Si le mari l'autorise, cela suffit : cette solution s'explique ainsi : sauf opposition du mari, la destination de la dot peut recevoir une extension et la valeur de l'immeuble dotal être employée même en dehors de la nouvelle famille, c'est presque, pourrait-on dire une charge supplémentaire grevant la dot. Le mari peut s'y opposer en qualité de chef de la nouvelle famille; mais nous savons que ses prérogatives ne sont pas absolues et l'autorisation de justice doit pouvoir habiliter la femme : bien entendu, elle ne lui accordera pas le pouvoir de disposer de la jouissance qui doit rester au mari.

An contraire, s'il s'agit de l'établissement d'un enfant commun, il y a plus de raisons pour tenir compte de l'avis du mari : il n'exerce pas seulement une prérogative de chef de famille sur la personne de la femme : il est *seul investi de la puissance paternelle* sur les enfants communs : il est naturel d'admettre — les termes mêmes de l'art. 1556, al. 1 C. Civ. l'imposent — que l'autorisation de justice est impossible. Tout au plus pourrait-on décider qu'au cas où le mari *n'a pu être consulté*, au cas où il est interdit ou absent, la femme pourra être habilitée par la justice à donner son immeuble, réserve faite du droit d'usufruit du mari ¹¹.

Dans ces deux cas de donation, on n'entrevoit pas comment les époux pourraient contrevenir clandestinement à la règle de l'inaliénabilité. La complicité de l'enfant est bien difficile à imaginer. La loi n'a pas voulu envisager de fraude dans ce cas et a écarté le contrôle de la justice.

β) Au contraire elle a *craint des fraudes* pour tous les

(10) Cf. sur ce point M. ANGEL, op. cit., n° 67.

(11) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 1562.

autres cas ^{11 bis} et l'acte est soumis à une *formalité indépendante de l'habilitation*, destinée à protéger la dot contre l'entente des deux époux : l'inaliénabilité doit être respectée par eux deux et pour éviter qu'ils ne s'entendent pour en écarter l'effet dans les circonstances où elle doit fonctionner, l'acte d'aliénation est soumis au contrôle de la justice. Les époux doivent obtenir la *permission de justice, permission préalable et spéciale*. Enfin en vertu de l'art. 83-6^e C. Pr. Civ., les causes des femmes dotales même autorisées de leurs mari — c'est le cas — sont obligatoirement communiquées au ministère public.

Dans les cas où l'aliénation ne peut avoir lieu qu'avec *permission de justice*, le Tribunal, en même temps qu'il exerce un *droit de contrôle* relève-t-il la femme de son *incapacité* ? le mari en même temps qu'il *renonce à son droit de jouissance*, assiste-t-il sa femme ? la question a peu d'intérêt : la plupart du temps, on est doublement sûr que la femme était bien capable et qu'elle avait bien le pouvoir d'aliéner l'immeuble en toute propriété ; la permission de justice est la garantie que *l'inaliénabilité ne jouera pas*. Si, ce qui sera exceptionnel, le mari n'intervient pas, l'aliénation ne vaudra que pour la nue-propriété, mais sera valable, la femme ayant été habilitée par la justice. Comme la permission de justice est obligatoire tandis que l'assistance du mari est facultative, il vaut sans doute mieux dire que *c'est la justice qui relève la femme de son incapacité dans tous les cas* : encore une fois la question est sans intérêt réel et pratique et se pose peu souvent.

On voit que, malgré les apparences, malgré la règle générale, il arrive souvent que la femme ait, sous le régime dotal, des pouvoirs sur sa dot.

Pourra-t-elle en user librement ? cela dépend de sa capacité : si elle est pleinement capable, elle n'aura besoin d'aucune autorisation pour user de ses pouvoirs ; si elle est totalement incapable, elle aura toujours besoin

(11 bis) Art. 1556, al. 2 C. Civ. « autorisation de son mari *et* celle de justice », 1558 et 1559 C. Civ.

d'autorisation; si elle est demi-incapable — nous allons voir que c'est le cas —, elle sera tantôt astreinte à la nécessité de l'autorisation, tantôt dispensée de toute autorisation.

Nous devons maintenant faire abstraction de la question *pouvoirs* de la femme dotale sur ses biens dotaux, pour examiner sa *capacité* d'exercer ces pouvoirs ainsi définis. Nous étudierons en même temps la capacité de la femme dotale sur ses paraphernaux et la capacité de la femme séparée de biens : les trois situations sont, sinon identiques, du moins analogues. Rappelons encore d'un mot que pour la femme dotale sur ses paraphernaux et pour la femme séparée de biens, la question *pouvoir* ne se pose pas : dans ces deux cas, le régime n'apporte aucune limitation de pouvoirs.

§ 2. — CAPACITÉ DE LA FEMME SOUS LES RÉGIMES DE SÉPARATION.

Sous le régime dotal, la femme qui, par exception — nous venons de le voir — peut, dans certains cas aliéner un immeuble dotal, n'a pourtant pas, alors, la même capacité que lorsqu'il s'agit de ses biens paraphernaux; en effet, même autorisée de son mari, elle doit encore avoir obtenu la *permission de justice*¹². Nous croyons que cette mesure serait encore justifiée si la femme dotale était pleinement capable.

Elle est destinée, *dans les art. 1556, al. 2, 1558 et 1559, C. Civ.* à assurer la *protection de la dot* : elle est nécessaire même si le mari assiste sa femme et la relève par là-même de son incapacité; c'est la situation actuelle; elle serait nécessaire, même si la femme, devenue capable de disposer de ses immeubles — ce qui résulterait d'une abrogation des art. 1449, al. 3, 1538, al. 1 et 1576, al. 2, C. Civ. — avait l'intention d'aliéner seule un immeuble

(12) Sauf dans les cas où l'aliénation est permise par contrat.

dotal¹³ (aliénation qui laisserait intact le droit de jouissance du mari et ne vaudrait que pour la nue-propiété).

Au contraire, dans l'hypothèse d'une capacité complète de la femme, l'autorisation de justice ne devrait plus être possible dans les cas prévus aux art. 1555 et 1556 al. 1. C. Civ. où elle paraît seulement *supplétive de celle du mari*. La femme pourrait donc donner librement la nue-propiété de ses immeubles dotaux, dans les cas prévus, sous réserve, sans doute, de la nécessité du consentement marital prévu à l'art. 1556 al. 1, C. Civ. où il semble avoir un triple rôle : habilitation d'une incapable, renonciation à l'usufruit et exercice d'une prérogative de la puissance paternelle.

Mais, exception faite de l'autorisation de justice exigée par les art. 1556 al. 2, 1558 et 1559, C. Civ., où nous voyons au sens exact du mot, une *limitation légale* apportant *restriction au plein exercice de la capacité civile*, la femme dotale — dans la limite de ses pouvoirs — a, sur ses biens dotaux, la même capacité que sur ses biens paraphernaux, la même capacité que la femme séparée de biens — par contrat ou par décision de justice.

Cette capacité — que nous allons maintenant exposer — doit être envisagée à un double point de vue selon que la femme veut *ester en justice* ou *accomplir un acte juridique*.

A. — Capacité d'ester en justice.

« *La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens* ». Ainsi s'exprimait l'article 215 du C. Civ. La loi du 18 février 1938 a abrogé cette disposition en remplaçant l'art. 215 par une disposition où il est dit que la femme a le plein exercice de sa capacité civile sous réserve de certaines restrictions.

(13) V. en ce sens : COLIN et CAPITANT, t. 3, p. 339 : la situation serait comparable à celle de la femme dotale après séparation de corps. Contra : PLANIOL et RIPERT, t. 3, n° 1641 : l'autorisation de justice est exigée, après la séparation de corps, même dans les cas des art. 1555 et 1556 C. Civ.

Il nous faut donc chercher si, dans la limite des pouvoirs que lui donne le régime matrimonial adopté, la femme, sous les régimes de séparation, se voit retirer par une disposition légale, la capacité d'ester en justice.

Aucun texte ne défend à la femme séparée de biens — judiciairement ou conventionnellement — de plaider. Mais au chapitre du régime dotal, l'art. 1576 al. 2 interdit à la femme de *paraître en jugement* à raison de ses biens paraphernaux. Quant à ses biens dotaux, lorsqu'elle a recouvré sur eux certains pouvoirs, il ne semble pas non plus qu'elle puisse, à leur sujet, paraître en jugement. En effet, l'art. 1549 C. Civ. déclare que le mari a *seul le droit de poursuivre les débiteurs* et détenteurs de biens dotaux. Si la femme dotale avait eu la capacité de plaider à propos de ses paraphernaux, on aurait pu décider qu'elle aurait la même capacité lorsqu'elle se serait réservé par contrat l'administration de ses biens dotaux. Mais l'art. 1576, al. 2 n'a pas été modifié par la loi du 18 février 1938.

Doit-on, dès lors, conclure que la femme séparée de biens est libre de plaider mais que la femme dotale est incapable de plaider (dans la limite de ses pouvoirs) ?

Si l'on s'attache au texte même de l'art. 1576 al. 2 C. Civ., on est amené à y voir une nouvelle limitation légale à l'exercice de la capacité nouvellement accordée à la femme. Au contraire, si l'on essaye de rechercher l'intention du législateur, on incline vers la solution contraire : il semble que le législateur ait voulu reconnaître à la femme mariée la *capacité d'ester en justice* — comme celle de s'obliger — dans la limite de ses pouvoirs : « *Elle pourra, dit M. Renoult¹⁴..., ester en justice, contracter à la condition de n'offrir comme gage que les biens sur lesquels le mari, en vertu du régime matrimonial adopté, ne possède aucun droit d'administration ou de jouissance* ». Il n'y aurait donc pas de *limitation légale* à la capacité d'ester en justice (pas plus qu'à la capacité de s'obliger).

Il est vrai que si l'on admet que l'art. 1576, al. 2 est im-

(14) J. O. D. P. 1937 Sénat, p. 347.

plicitement abrogé — en ce qui touche le droit d'ester en justice, — on doit ne pas s'arrêter là et admettre aussi l'abrogation tacite des art. 1149 al. 3, 1538, 1576, al. 2 en entier et dire que la femme séparée est capable de disposer de ses immeubles. Or, nous le verrons, cette conclusion est contraire aux travaux préparatoires qui sont formels sur ce point.

Quel parti choisir ? Si le législateur avait appliqué minutieusement sa méthode, s'il avait modifié tous les textes où l'autorisation était habilitante à l'exception de l'art. 1576, al. 2 C. Civ., on devrait conclure que la femme est capable sauf si un texte exige encore une autorisation, que, par conséquent, l'art. 1576, al. 2 C. Civ. a été maintenu à bon escient et qu'il constitue une des limitations légales prévues à l'art. 215, al. 2 C. Civ.

Mais nous avons déjà vu que la méthode choisie n'avait pas été mise en œuvre jusqu'au bout, qu'on ne pouvait pas déduire, par conséquent, de la non abrogation d'un texte, que son maintien était certain. Et si son maintien crée une situation illogique — comme c'est le cas —, il vaut mieux décider que ce texte a été oublié et doit être considéré comme effacé tacitement¹⁵. En effet, la disposition qui défendait aux femmes séparées de plaider (art. 215 C. Civ.) a été abrogée et l'art. 1576 al 2 C. Civ. ne faisait que répéter cette interdiction pour un cas particulier de séparation de biens. Il n'a pas été modifié parce qu'aucun des articles du titre V du Livre III n'a été touché. Mais l'idée était d'accorder d'une façon générale à toute femme la capacité de plaider : elle a été appliquée par la suppression de l'art. 215 C. Civ. Telles sont les conclusions de M. Esmein¹⁶.

Réserve faite de cette difficulté touchant à l'art. 1576, al. 2 C. Civ., quelle est la capacité d'ester en justice de la femme sous les régimes de séparation ? Quel est le rapport entre la capacité d'ester en justice et le pouvoir que l'on a sur un bien ?

(15) V. en ce sens M. ANCEL, *op. cit.*, n° 68.

(16) G. P. 1938, 1^{re} sem. chron., p. 39 et s. — Sem. jur., 20 mars 1938, n° 20 et s.

Il semble que la règle soit la suivante : on ne peut ester en justice que s'il s'agit d'une contestation relative à un bien dont on a le pouvoir de disposer.

Cette règle était appliquée par la loi du 13 juillet 1907, art. 6; elle l'est encore par la loi du 12 juillet 1909, art. 16, al. 3 relative à la constitution du bien de famille. Il serait même plus exact de dire : on ne peut ester en justice à propos d'un bien que dans la limite de ses pouvoirs sur ce bien. Ainsi l'usufruitier ordinaire peut exercer l'action confessoire d'usufruit (revendication du droit réel d'usufruit) et — selon l'opinion générale¹⁷ — l'action possessoire parce qu'il a un droit réel de jouissance; mais il ne pourrait pas revendiquer la propriété; de même l'art. 464 C. Civ. défend au tuteur d'introduire, sans autorisation, une action immobilière parce que l'art. 457 C. Civ. lui défend de disposer sans autorisation des biens du mineur.

Cette règle paraît logique : est-elle appliquée exactement dans les divers régimes matrimoniaux tels qu'ils sont encore organisés ? L'exercice des actions pétitoires est-il toujours confié à celui des deux époux qui a le pouvoir de disposer ? L'exercice des actions possessoires est-il laissé à celui qui a le pouvoir d'administrer ? L'exercice des actions mobilières appartient-il seulement à celui des deux époux qui a le pouvoir d'aliéner le mobilier ? Nous allons voir que cette règle n'est pas rigoureusement appliquée, que, par suite, il n'y a pas concordance entre la capacité de faire des actes juridiques et celle qu'on peut avoir de plaider.

a) **Capacité de la femme séparée de biens.**

Aucun texte ne limite sa capacité de plaider depuis l'abrogation de l'art. 215 C. Civ. Elle est dès lors entièrement libre, même si elle revendique un immeuble et succombe, même si elle est défenderesse à l'action en revendication d'un tiers¹⁸. Elle n'a pourtant pas la capacité d'aliéner ses immeubles.

(17) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. I, n° 2802.

(18) Telle est l'opinion de M. SAVATIER « Les lois nouvelles », 1938.

b) Capacité de la femme dotale.

α) quant aux *biens dotaux dont elle s'est réservé l'administration*, on doit admettre qu'elle aura autant de droits que pour ses paraphernaux;

β) malgré l'art. 1576 al. 2, C. Civ., on doit décider, selon nous, qu'au sujet de ses *paraphernaux* la femme a la même capacité que la femme séparée de biens, la capacité complète par conséquent;

γ) au sujet de ses *biens dotaux en général*, la femme ne peut jamais plaider, parce que l'art. 1549 al. 2 C. Civ. porte : « *il (le mari) a seul le droit...* »; elle ne peut donc jamais paraître en justice quand ils s'agit de biens dont elle est pourtant propriétaire et dont son mari ne peut disposer.

B. — Capacité de faire les actes extrajudiciaires.

On a l'habitude de diviser ces actes en deux catégories, *actes d'administration* et *actes de disposition*. La double liste de ces actes n'est nulle part dressée par la loi et l'on peut se demander dans quelle catégorie on doit ranger certains actes. Nous ne pouvons ici exposer les discussions auxquelles cette distinction a donné lieu¹⁹. Elle n'apporterait aucun élément nouveau à notre question : nous dirons seulement qu'aux termes des articles 1449, 1536 et 1576 C. Civ., la femme séparée de biens, ou la femme dotale sur ses paraphernaux a la « *libre* » (1449), « *l'entière* » (1536) ou simplement « *l'administration* » (1576) de tous ses biens meubles et immeubles.

a) Que par conséquent elle peut faire sur tous ses biens tous les actes généralement considérés comme *actes d'administration*, c'est-à-dire, outre les actes conservatoires, le bail²⁰, la conversion de titres nominatifs en

1^{re} partie, n° 25). Il réserve cependant le cas où le procès cacherait une aliénation : ce serait un cas de fraude et les principes généraux doivent s'appliquer ici.

(19) V. PLANIOL et RIPERT, t. I, n° 2338 et s.

(20) Sous réserve, selon certains auteurs, qu'il n'excède pas 9 ou 18 ans. V. en ce sens PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 2338.

titres au porteur, la réception des capitaux et leur placement, la perception des fruits et revenus, la vente des fruits et des meubles destinés à être vendus et à l'inverse les acquisitions ou les réparations nécessaires (réparations d'entretien et grosses réparations). Tous les actes juridiques pouvant être considérés comme actes d'administration sont donc permis à la femme sans qu'elle ait besoin d'aucune autorisation.

b) Quant aux actes de *disposition*, ceux qui « *engagent l'avenir définitivement* » ²¹, le législateur de 1938 a laissé subsister l'incapacité de la femme. Peut-être cette incapacité sera-t-elle limitée aux actes de dispositions sur les immeubles. Avant d'exposer *la situation*, recherchons-en l'origine dans les *travaux préparatoires de la loi*.

1) *Les travaux préparatoires.*

Tandis que dans le premier projet Renoult, les art. 1449, al. 3, 1576 al. 2 et 1538 C. Civ. étaient abrogés — ce qui était logique puisqu'il était procédé à une refonte des régimes matrimoniaux —, dans le second projet seul était abrogé l'art. 1538. Il y avait là une erreur de rédaction évidente puisque les 3 articles sont analogues.

Vinrent les délibérations sénatoriales de décembre 1936; au cours de la séance du 8 décembre ²², M. Pernot déposa un amendement qui avait pour but de rayer de la liste des articles abrogés un certain nombre de textes qui figuraient dans l'art. 2 du projet, en particulier l'art. 1538 C. Civ. Le motif invoqué était le suivant : puisqu'il est convenu que rien n'est changé pour le moment dans l'organisation des régimes matrimoniaux, aucun des articles du titre V du Livre III du C. Civ. ne doit être modifié et l'art. 1538 C. Civ. constituera une des restrictions prévues à l'art. 215 al. 2 nouveau.

Est-ce qu'à ce moment le législateur s'est rendu compte qu'en laissant la femme séparée de biens inca-

(21) PLANIOL et RIPERT, op. et loc. cit.

(22) J. O. D. P. Sénat 1936, p. 1563 et s.

pable de disposer de ses immeubles, il rendait le principe nouveau de la capacité inapplicable dans un des rares cas où il pouvait fonctionner (puisque sous le régime de la séparation de biens la femme conserve tous ses pouvoirs) ? Est-ce que plutôt il a cédé à ce scrupule de ne toucher à aucun article du titre V sans même examiner le caractère de l'autorisation exigée, scrupule, nous l'avons dit, qui a failli faire rejeter la simple mention, dans le nouvel art. 214 C. Civ., de deux articles de ce titre V ?²³. Nous croirions volontiers que cette seconde hypothèse est la bonne.

Mais il est certain qu'une fois admis le maintien de l'art. 1538 C. Civ., il a paru tout naturel que les articles 1449, 1538 et 1576 C. Civ. subsistent puisque le législateur, en adoptant un amendement de M. Fourcade²⁴, a justement réservé les « *limitations légales* » à l'exercice de la capacité, formule dont on devrait pouvoir déduire que tout texte non abrogé doit encore s'appliquer même s'il contredit directement la loi nouvelle, formule qui en réalité a eu plutôt, semble-t-il, pour rôle d'éviter au législateur d'examiner tous les textes où il est question d'autorisation et dont la présence conduit à des solutions incohérentes et à des inconséquences.

Quoiqu'il en soit, dès l'instant où il a été reconnu que ces articles devaient être maintenus à titre de limitations légales au libre exercice de la capacité civile, les conséquences de ce maintien ont été affirmées par les deux rapporteurs, sans d'ailleurs qu'ils insistent beaucoup à ce sujet.

« *Si elle est séparée de biens, dit M. Renoult*²⁵, *elle sera capable sans restriction, mais dans les termes de l'art. 1449 du Code Civil* ». La restriction, pourtant, est de taille.

(23) J. O. D. P. Sénat, 1937, p. 355. Il est remarquable que l'objection, ici encore, a été présentée par M. PERNOT.

(24) J. O., D. P. Sénat 1936, p. 1563 et s.

(25) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 349.

Et M. Delattre, rapporteur à la Chambre, n'est pas moins affirmatif ²⁶; c'est surtout la doctrine qui s'est émue de cette situation paradoxale : la femme séparée de biens est moins capable que la femme commune (dans la limite de ses pouvoirs).

Presque tous les auteurs qui ont commenté la loi de 1938 concluent au maintien en vigueur des art. 1449 al. 3, 1538 et 1576 al. 2 du Code Civil.

Seul jusqu'à présent, croyons-nous, M. Bonnecase estime que la femme séparée de biens peut aliéner ses immeubles : *« ce qui paraît le plus extraordinaire à certains, c'est que la femme puisse aliéner librement ses biens, meubles et immeubles, sous le régime de la séparation de biens »*. C'est, fait-il observer très justement, que l'obstacle à la liberté provenait non du régime mais de l'incapacité ²⁷.

Mais précisément, cette incapacité est maintenue, et s'il était besoin d'un argument de texte pour confirmer l'indication que nous donnent les travaux préparatoires, sur ce point on pourrait le tirer de l'art. 311, al. 4 C. Civ. non abrogé ²⁸ : *« s'il y a cessation de la séparation de corps par la réconciliation des époux, la capacité de la femme est modifiée pour l'avenir et réglée par les dispositions de l'art. 1449 C. Civ... »*. Le simple renvoi à l'art. 1449 est déjà la preuve de son maintien. De plus, on doit en déduire qu'après réconciliation, la femme a une capacité moins étendue que la femme séparée de corps, laquelle, malgré l'abrogation de l'art. 311, al. 3, C. Civ. doit être considérée, nous le verrons (ci-dessous § 3) comme pleinement capable.

On peut regretter que les art. 1449, 1538 et 1576 C. Civ. n'aient pas été modifiés; on peut souhaiter qu'ils le soient dans l'avenir : mais il faut bien admettre qu'ils ne

(26) Rapport déjà cité, p. 12.

(27) « Mariages et régimes matrimoniaux », p. 138, n° 59.

(28) Ou, plus exactement, rétabli par l'amendement Pernot dont il a été déjà parlé ci-dessus.

sont pas abrogés, c'est ce que font les auteurs ²⁹, sauf M. Bonneau. Dès lors, quelle est la situation actuelle ?

2) *La conséquence du maintien des art. 1449, 1538, 1576 C. Civ.*

En plus des actes d'administration que la femme séparée a certainement la capacité de faire (art. 1449 al. 1, 1536 et 1576, al. 1 C. Civ.), quels actes peut-elle faire sans autorisation ? On peut dire d'une façon générale qu'il y a deux manières de disposer de ses biens : directement en les aliénant, indirectement en contractant des obligations exécutoires sur eux. Nous allons adopter cette division qui n'est peut-être pas rigoureuse, mais paraît commode.

a) **Aliénations.** Il faut encore distinguer entre les meubles et les immeubles.

1. — Aliénation des **immeubles**. Elle est formellement interdite par l'art. 1449 al. 3 C. Civ. à la femme séparée de biens par décision de justice, par l'art. 1538 al. 1 C. Civ. à la femme séparée de biens par contrat, par l'art. 1576 al. 2 C. Civ. à la femme dotale sur ses biens paraphernaux, par les art. 1554 et s. C. Civ. à la femme dotale sur ses biens dotaux lorsque lui est rendu, par exception, le pouvoir de les aliéner.

La prohibition est la même, qu'il s'agisse d'une aliénation *totale* ou d'une aliénation *partielle* (constitution de droits réels tels que l'hypothèque, l'usufruit...) que l'aliénation soit faite *à titre onéreux* ou *à titre gratuit*.

Elle est si complète que le législateur a pris soin d'ajouter (art. 1538 C. Civ.) que la capacité d'aliéner n'existait « *dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation* » et que « *toute autorisation générale d'aliéner les immeubles donnée à la femme, soit par contrat de mariage, soit depuis, est nulle.* »

(29) V. ESMEIN. G. P. 1938, 1^{er} sem. doct., p. 40; Sem. jur. du 20 mars 1938, n^{os} 20 et s.; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : Chr. D. H. 24 mars 1938, p. 27 et 28; VORIN : « Notes parlem. de Droit Civil » dans « Rev. trim. de Droit Civil », 1938, p. 346; SAVATIER : « Les lois nouvelles », 1938, 1^{re} partie, n^o 25.

La femme séparée a donc toujours besoin de l'autorisation de son mari ou de celle de la justice pour aliéner un de ses immeubles. En ce qui touche cette autorisation et la sanction du défaut d'autorisation, nous renvoyons à ce qui a été dit ci-dessus section 1. L'autorisation de justice est sûrement possible puisque la loi la mentionne expressément; et elle doit suppléer sans doute celle du mari en dehors du cas de *refus*, seul mentionné.³⁰

2. — Aliénation des **meubles**.

L'art. 1449 al. 2 C. Civ. l'autorise expressément; l'art. 1538 l'autorise tacitement en ne parlant que des meubles : on raisonne a contrario; quant à l'art. 1576 al. 2 C. Civ. il parle d'une façon générale, de *biens paraphernaux* mais on admettait que par analogie des situations, il ne s'appliquait qu'aux immeubles.

Et pourtant une jurisprudence constante³¹ dont les premiers arrêts datent presque du Code Civil et le dernier, à notre connaissance, du 2 juin 1937 (D. H. 1937, p. 377), ne permet à la femme séparée que *les aliénations de meubles constituant un acte d'administration*.

L'argument de cette jurisprudence, c'est que l'alinéa 2 de l'art. 1449 C. Civ. doit être rapproché de l'alinéa premier qui en fixe les limites d'application et non pas opposé à l'alinéa 3 qui constate et applique cette règle que l'aliénation d'un immeuble ne constitue jamais un acte d'administration. Les arrêts s'appuyaient aussi sur l'art. 217 C. Civ., qui constituait le droit commun.

Cette jurisprudence était, en général, désapprouvée par la doctrine³². Pourtant, elle présentait un avantage certain : de plus en plus, on constate un renversement dans la composition des fortunes. Le Code a édicté de nombreuses règles tendant à la protection des immeubles, considérant souvent que les meubles n'avaient pas besoin de

(30) Malgré l'abrogation des art. 221 et s. Cf. ci-dessus, Section I, § II.

(31) V. PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. III, n° 1453.

(32) V. PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. I, n° 1452 et s.

protection : mais aujourd'hui, vu l'importance prise par les valeurs mobilières dans les fortunes modernes, il n'est peut-être pas mauvais que le mari ou la justice soient appelés à se prononcer lorsque la femme séparée désire vendre ses titres, qui constituent souvent tout son avoir : elle diminue ainsi, ou détruit peut-être ses facultés contributives aux charges du ménage.

Il est vrai que ce contrôle était peut-être illusoire, puisque la jurisprudence fait rentrer dans la liste des actes d'administration que la femme peut faire seule, la conversion d'un titre nominatif en titre au porteur : ce n'est pas une aliénation, certes, mais le titre échappe, après conversion, à tout contrôle ³³.

Cette interprétation restrictive de l'art. 1449 C. Civ., sera-t-elle encore admise par la jurisprudence après la loi nouvelle ? il est difficile de faire un pronostic sur ce point.

Certes, les travaux préparatoires sont *assez nets* : ce changement de jurisprudence est un des buts poursuivis par le législateur ³⁴. On peut espérer ce changement et même *l'escompter*, puisque avec l'art. 217 C. Civ. disparaît la base des arrêts anciens. La femme n'est plus incapable en règle générale.

Mais en attendant que la Cour de Cassation ait sanctionné la capacité complète de la femme séparée quant à l'aliénation de ses meubles, on peut craindre que les praticiens ne continuent à exiger l'autorisation maritale, par exemple pour les aliénations de valeurs mobilières, qui présentent le plus d'intérêt.

Des conseils de prudence sont d'ailleurs donnés aux praticiens par leurs conseillers :

« *Les notaires*, écrit M. Louis Maguet ³⁵, *devront demeurer très prudents et exiger l'autorisation maritale comme si la loi du 18 février 1938 n'existait pas* » ; et encore « *Les controverses qui pourront s'élever sur ce point devront être tranchées par les tribunaux. En at-*

(33) Ibid., n° 1447.

(34) J. O., D. P., Sénat 1936, p. 1549.

(35) Journal des notaires du 20 avril 1938, p. 359.

tendant, la prudence commande de continuer à appliquer l'art. 1449 comme précédemment ³⁶ ». Et M. Savatier conclut de son côté : (op. cit. n° 25) « *Il est à craindre que les contentieux des compagnies chargées d'effectuer le transfert des valeurs mobilières attendent que la Cour de Cassation ait pris parti sur l'interprétation des textes nouveaux.* »

En suivant ces conseils, les praticiens se mettraient sans doute à couvert *vis-à-vis du mari* ; mais ils engageraient peut-être leur responsabilité *vis-à-vis de la femme* en lui refusant leur concours. D'ailleurs en fait, lorsque la femme présente son contrat de séparation de biens, elle ne rencontre plus de grosses difficultés auprès d'eux, croyons-nous ; beaucoup n'ont pas attendu un arrêt de Cassation sur ce point pour traiter avec des femmes séparées de biens.

β) Obligations.

Les obligations, en règle générale, sont exécutoires sur les biens dont le débiteur a le pouvoir de disposer. Il fallait admettre que la femme séparée pouvait s'obliger sur son mobilier lorsque cette obligation constituait un acte d'administration et qu'une obligation contractée par elle n'était pas exécutoire sur ses immeubles. Telle était, à peu près établie, la jurisprudence jusqu'en 1938.

La capacité de la femme séparée de s'obliger sur son mobilier pour les besoins de son administration constituait ainsi une exception à la règle générale que la femme mariée était incapable de s'obliger.

Cette règle n'était pourtant inscrite nulle part. L'art. 1124 C. Civ. disait que la femme était incapable de contracter, mais seulement « *dans les cas exprimés par la loi* ». Ce n'est pas là la formule d'une incapacité générale. Nous avons vu que, selon M. Voirin ³⁷, il fallait tirer de ce fait la conclusion que toute femme était demi capable et

(36) Rep. not., 15 avril 1938, p. 94.

(37) V. ci-dessus Section I, § I, A.

pouvait faire tous les actes d'administration sauf si son régime lui retirait ses pouvoirs.

S'il est vrai qu'avant la loi de 1938 toute femme mariée conservait ainsi une demi capacité (qui, selon le régime adopté avait ou non la possibilité de s'exercer), est-ce que cette loi n'a pas transformé cette demi capacité en capacité entière ? On ne peut admettre cette solution en ce qui concerne la disposition des immeubles : nous en avons vu les raisons. Mais rien n'empêche, semble-t-il de décider qu'étant donné la capacité complète résultant de l'art. 215 C. Civ. nouveau, *tout ce qui n'est pas défendu à la femme lui est permis*. Les art. 220, 221, 222, 224 et 1124 al. 4 C. Civ. sont abrogés. Dans la limite de ses pouvoirs, la femme mariée est entièrement libre de contracter; et comme sous la séparation de biens aucun texte ne lui enlève ses pouvoirs, la femme peut contracter toute espèce d'obligations, nécessaires ou non à son administration.

« *La capacité de s'obliger sans autorisation semble avoir été voulue complète pour toutes les femme mariées (comme aussi la capacité d'ester en justice)* », constate M. Esmein³⁸.

Et en effet, M. Renoult a déclaré, nous l'avons déjà dit « *elle pourra... contracter à la condition de n'offrir comme gage que les biens sur lesquels le mari, en vertu du régime matrimonial adopté, ne possède aucun droit d'administration ou de jouissance* ». Si telle est la seule limite à la capacité de la femme de s'obliger, on en déduit que la femme séparée *peut valablement contracter toute espèce d'obligation* et que cette obligation est exécutable même sur ses immeubles : l'art 2092 C. Civ. est formel et général.

Evidemment, cette solution, si elle est admise en jurisprudence, ôtera beaucoup de son utilité à l'art. 1449, al. 3 C. Civ. Peut-être l'autorisation maritale reprendra-t-elle ses droits si le mari réussit à démontrer la fraude (p. ex.

(38) Sem. jur. 20 mars 1938, n° 22.

en cas d'emprunt de la femme d'une somme correspondant à la valeur de l'immeuble qu'elle laisse saisir).

Sans doute, comme l'observe M. Julliot de la Morandière, on arrive à ce résultat « *que la femme séparée peut engager par ses dettes ses immeubles tandis qu'elle ne peut consentir sur eux une hypothèque* » (chr. déjà citée, p. 28) ce qui est incohérent mais conforme à l'état actuel des textes.

En résumé, la condition de la femme séparée, peut s'énoncer ainsi : elle est incapable de disposer de ses immeubles sans autorisation; capable d'administrer tous ses biens; capable — sous réserve d'un changement de jurisprudence probable — d'aliéner tous ses meubles; capable d'ester en justice au sujet de tous ses biens et de s'obliger sur tous ses biens.

Il faut conclure que la femme, sous les régimes de séparation n'est que *demi-capable*. Cette proposition paraît d'autant plus bizarre que la femme commune en biens est pleinement capable (la question *pouvoir* étant réservée).

Cette inégalité est si paradoxale que l'on a pu espérer que, malgré les termes prohibitifs de l'art. 1538 C. Civ., la clause du contrat de mariage autorisant la femme d'une façon générale à aliéner ses immeubles sous la séparation de biens pourrait être reconnue valable. M. Esmein³⁹ fait observer que la femme séparée peut disposer librement de la jouissance de ses immeubles (fruits ou revenus) que d'autre part — nous le verrons — la femme commune peut disposer librement de la nue-propriété de ses immeubles et qu'il semble qu'il pourrait être permis de réunir pour la même femme ces deux capacités.

La situation de la femme séparée de biens est-elle, au fond, si injuste ? la femme a besoin de l'autorisation de son mari pour aliéner un immeuble : mais *n'en est-il pas de même du mari* dont tous les immeubles sont grevés de *l'hypothèque légale* ? s'il veut vendre, il faut que la femme intervienne pour renoncer à son hypothèque, ou renoncer

(39) Sem. jur. 20 mars 1938, n° 26.

seulement à son rang privilégié ou encore pour subroger le cocontractant du mari à son hypothèque.

Cette hypothèque légale, à laquelle le législateur de 1938 s'est bien gardé de toucher, forme, pourrait-on dire, la contrepartie de l'incapacité de disposer de la femme. Il ne faut pas oublier que le mari, s'il doit autoriser sa femme à vendre un immeuble, est déclaré responsable de l'emploi ou du remploi du prix de vente (art. 1450, al. 2, C. Civ.) et c'est à raison de la responsabilité qu'il peut encourir à ce titre que l'art. 2135-2°, al. 3 donne à la femme séparée hypothèque légale sur ses biens; cette responsabilité n'existe, c'est l'évidence, que si c'est lui, et non le Tribunal, qui a autorisé la vente, à moins qu'il ait profité des deniers versés par l'acheteur, responsabilité quant à la matérialité de l'emploi ou du remploi et non quant à son utilité, mais responsabilité qui nous paraît de nature à contrebalancer l'incapacité de la femme. En tous cas, si l'art. 1449, al. 3 C. Civ. doit disparaître, l'art. 1450 C. Civ. doit le suivre et l'hypothèque légale n'existera plus en cas de séparation de biens, faute de créance à garantir.

Avant de passer à l'autre catégorie de régimes matrimoniaux, nous devons examiner rapidement le cas de la capacité de la femme séparée de corps.

§ 3. — CAPACITÉ DE LA FEMME SÉPARÉE DE CORPS.

Aux termes de l'art. 311, al. 3, C. Civ., « *la séparation de corps emporte toujours séparation de biens* ».

Pourtant la capacité de la femme séparée de corps *n'est pas la même* que la capacité de la femme séparée de biens. Examinons d'abord la situation avant 1938 : nous verrons ensuite si notre loi y a changé quelque chose.

A. — Etat des textes avant la loi du 18 février 1938.

Jusqu'en 1893, la capacité de la femme séparée de corps était celle de la femme séparée de biens, l'art. 311 C. Civ.

comportait le seul alinéa qui figure aujourd'hui sous le n° 3.

Cette situation était fortement critiquée : les liens de la puissance maritale étaient détendus, et il était peu logique d'obliger la femme à solliciter une autorisation de son mari; de plus, les formalités de l'autorisation de justice apparaissaient comme embarrassantes et sans utilité. Il était normal d'accorder à la femme séparée de corps sa capacité entière.

Cette réforme fut réalisée par la loi du 6 février 1893; après avoir réglé une question de nom, elle ajoute deux alinéas à l'art. 311 C. Civ. L'alinéa 3 rendait à la femme séparée « *le plein exercice de sa capacité civile* ». Et l'alinéa 4 déclarait qu'après une réconciliation, la capacité de la femme restait limitée comme celle de la femme séparée de biens; mais pour que cette modification de capacité de la femme fût opposable aux tiers, il fallait que les époux aient accompli certaines formalités de publicité : il fallait que les tiers aient été avisés que la femme, en se réconciliant avec son mari, était redevenue demi-capable.

Si la femme voulait rétablir le régime sous lequel elle était mariée avant la séparation de corps, elle pouvait le faire en se soumettant aux conditions de l'art. 1451 C. Civ.

On peut dire, en somme, qu'après un jugement de séparation de corps, la femme était *présumée pleinement capable*, que cette présomption ne tombait que si certaines *mesures de publicité* avaient avisé les tiers que la femme n'était plus pleinement capable.

Une restriction à la capacité de la femme séparée de corps devait pourtant être admise : l'autorisation de justice exigée par les art. 1558 et 1559 C. Civ. pour l'aliénation ou l'échange de l'immeuble dotal n'a pas, nous l'avons dit, pour seule fonction d'habiliter la femme : c'est une *mesure de contrôle dans l'intérêt de la dot*. La femme doit s'y soumettre même après la séparation de corps. Tel est l'avis de MM. Colin et Capitant (op. cit., p. 339). MM. Planiol et Ripert (op. cit. n° 1641) admettent la même solution pour les art. 1555 et 1556. Nous avons dit qu'à notre avis, au

contraire, l'autorisation exigée dans ces deux articles n'avait pas le même caractère : nous croyons donc que la femme séparée de corps était libre de donner son immeuble dotal dans ces deux cas sans autorisation : en effet la femme n'est plus incapable (cas prévu par les art. 1555 et 1556, al. 2, C. Civ.) et la puissance paternelle était amoindrie (cas prévu par l'art. 1556, al. 1 C. Civ.)⁴⁰.

B. — Capacité de la femme séparée de corps depuis 1938.

La loi du 18 février 1938 n'aura aucune répercussion sur cette limitation à la capacité de la femme séparée de corps; après la séparation de corps, le mari n'est plus chef de famille (art. 213, al. 3 C. Civ.) et ne doit plus être consulté par la femme qui veut doter un enfant commun (1556, al. 1); quand elle voudra doter un de ses enfants (1555), ou gratifier des œuvres charitables (1556 al. 2), sera-t-elle capable de le faire ? la réponse à cette question dépend de la capacité générale de la femme séparée de corps dont nous allons parler. Quant à la permission de justice exigée aux art. 1558 et 1559, elle sera toujours nécessaire puisqu'il n'est pas touché aux règles de l'inaliénabilité dotale.

Cette restriction de capacité mise à part, on peut se demander si la femme séparée de corps est pleinement capable puisque l'art. 311, al. 3 C. Civ. a été abrogé.

Il semble certain que le législateur n'a pas voulu restreindre la capacité de la femme séparée de corps : jamais ce but, auquel on ne trouverait guère de justification, n'a été indiqué. Il est plus probable que l'identité des formules, des art. 215 nouveau et 311 al. 3, C. Civ. a fait croire que ce dernier était inutile : l'exception étant devenue la règle.

Au surplus, on peut tirer un argument *a contrario* de l'art. 311, al. 4 C. Civ.; puisqu'après réconciliation, la femme n'a plus que la demi-capacité de la femme séparée de biens, c'est qu'avant la réconciliation sa capacité était complète.

(40) Il n'est pourtant pas sûr que le droit d'autorisation, qui, dans le cas, se rattache à la puissance paternelle, soit forcément perdu. Cf. Ch. I, Section I, § II.

Mais cet argument n'est possible, pouvons-nous dire, que grâce à M. Pernot qui, par l'amendement dont il a déjà été question, a fait rétablir l'art. 311, al. 4 que le projet de la Commission abrogeait.

D'ailleurs il n'a pas été dit formellement que le rôle de l'art. 311, al. 4 C. Civ. serait de consacrer la capacité complète de la femme séparée de corps : si telle avait été l'intention du législateur, il aurait sûrement mieux valu à ce moment rétablir également l'alinéa 3.

Et même, cette interprétation du rétablissement de l'art. 311, al. 4. C. Civ. est-elle la seule possible ? On pourrait peut-être raisonner ainsi : même après la réconciliation, la femme reste capable dans les limites de l'art. 1449 : la réconciliation n'efface pas toutes les conséquences de la séparation de corps.

En effet, l'art. 1449 porte : « *la femme séparée soit de corps, soit de biens...* » Il fallait donc indiquer que *même après la réconciliation, la femme n'est pas moins capable* que la femme séparée de biens ; tel pourrait être le sens de l'art. 311, al. 4, C. Civ. ⁴¹.

En tous cas, cet article a été remanié avec tant de maladresse que M. Savatier ⁴² a pu conclure que la femme séparée de corps n'est pas pleinement capable.

M. Esmein ⁴³ se décide pour la solution inverse bien que l'argument tiré de l'art. 311, al. 4, C. Civ. lui paraisse pénible et, nous ajouterons, peut-être même contestable.

Nous nous rangeons à cet avis surtout pour la raison suivante : la capacité complète de la femme séparée de corps, bien loin de contredire les principes nouveaux, en constitue un des cas d'application les plus utiles.

En conclusion, il faut constater que, sous les régimes de séparation, la femme, à moins d'être séparée de corps, n'est pas pleinement capable. Sa demi-capacité et sa demi-incapacité peuvent, croyons-nous, s'énoncer ainsi :

(41) Il est vrai qu'avec cette interprétation (nous avons seulement indiqué qu'elle était possible, nous ne la faisons pas nôtre), on ne comprend plus le rôle des mesures de publicité prévues.

(42) Op. cit., n° 17.

(43) Op. cit., n° 24.

1° *Il est certain qu'elle ne peut disposer de ses meubles sans autorisation* (art. 1449, al. 3, 1538 et 1576, al. 2, C. Civ.).

2° *Il est certain qu'elle peut administrer ses biens meubles et immeubles et en jouir librement* (art. 1449, al. 1, 1536 et 1576, al. 1 C. Civ.).

3° *Il est probable qu'elle pourra disposer de tous ses meubles sans autorisation.*

4° *Il est probable qu'elle pourra s'obliger sur tous ses biens et plaider⁴⁴ au sujet de tous ses biens sans aucune limite.*

On doit donc dire ceci : le législateur de 1938 n'a pas changé la capacité de la femme séparée : il a laissé ce soin aux Tribunaux. Mais il leur a, en quelque sorte, indiqué la voie à suivre. Le but général de la loi, son texte même, les travaux préparatoires d'où elle est sortie sont autant d'éléments qui leur permettront de décider que la femme séparée est libre, sans aucune limite, d'aliéner tous ses meubles, de plaider pour tous ses biens et de contracter une obligation quelconque exécutable sur tous ses biens.

Mais l'on doit se contenter d'espérer ce changement de jurisprudence; et d'ailleurs même si les Tribunaux se montraient le plus favorables aux femmes séparées, elles n'en resteraient pas moins partiellement incapables.

SECTION III

POUVOIRS ET CAPACITE DE LA FEMME SOUS LES REGIMES COMMUNAUTAIRES

Sous ce titre, peuvent être réunis :

1° le régime de la communauté légale (art. 1400 à 1497, C. Civ.).

2° le régime de la communauté conventionnelle (art. 1497 à 1528 et 1581 C. Civ.).

(44) V. Seine, 3 juin 1938, G. T. 14-15 octobre 1938.

3° le régime sans communauté (art. 1529 à 1535 C. Civ.).

Au double point de vue auquel nous nous placerons, il n'y aura pas de différence à faire entre ces divers régimes.

Sa capacité est toujours la même.

Ses pouvoirs sur ses biens ou sur les biens communs (s'il en existe) sont toujours les mêmes.

Cependant, une différence essentielle doit être tout de suite signalée : lorsque certains biens de la femme sont *communs*, les pouvoirs du mari sur ces biens ne peuvent être réservés à la femme par contrat (art. 1388 C. Civ.); au contraire, le contrat de mariage peut rendre à la femme les pouvoirs sur ses *biens propres*, pouvoirs qui appartiennent en général au mari.

Mais cette différence possible mise à part, il faut dire que toutes les fois qu'il y aura communauté (quelle que soit sa composition) ou régime exclusif de communauté, la question *pouvoirs* sera réglée de la même façon.

Nous avons constaté, que sous les régimes de séparation, sauf dans certains cas, sous le régime dotal (cf. ci-dessus, même section § 1), la question *pouvoirs* ne se posait pas : c'est la *capacité* de la femme que la loi restreint.

Nous allons voir au contraire qu'ici, cette question de pouvoirs se pose d'une façon pressante depuis la loi de 1938 : aucune disposition légale, en effet, ne limite ici la capacité : la femme commune ou non commune est pleinement capable, mais elle n'a pour ainsi dire pas de pouvoirs. Nous allons indiquer le cadre (§ 1 et 2) dans lequel cette capacité nouvelle (§ 3) s'exercera.

§ 1. — LES POUVOIRS DE LA FEMME SUR LA COMMUNAUTÉ.

Quelle que soit la composition de la masse commune, il est une règle générale : c'est *le mari et lui seul* qui administre la communauté, et qui dispose le plus souvent des biens communs (art. 1421, C. Civ.). Comme tous les *fruits*, *revenus*, *intérêts et arrérages* des biens propres de la

femme font partie de l'actif commun (art. 1401 2° C. Civ.), on en déduit que le mari est usufruitier de ces biens : il peut consommer ces fruits ou bien en disposer à son gré.

« *Le droit de copropriété de la femme reparait dans quelques cas, durant la communauté, pour lui permettre d'exercer sur elle certains pouvoirs* » et MM. Planiol et Ripert, à qui nous empruntons cette formule, citent (op. cit. n°s 1040 et s.) les pouvoirs reconnus à la femme commune. Nous ne parlerons pas ici des pouvoirs de la femme sur ses biens réservés qui auront leur place dans la section IV.

A. Actes d'administration.

Aucune disposition du Code ne permet à la femme d'administrer tout ou partie des biens communs : « *le mari administre seul les biens de la communauté* » (art. 1421, C. Civ.).

Mais une loi du 9 avril 1881 (art. 6, al. 5) complétée par une loi du 20 juillet 1895 (art. 16 et 17) a permis à toutes les femmes mariées de se faire *ouvrir des livrets de Caisse d'Epargne*, de *déposer* et de *retirer* de l'argent sans avoir besoin d'aucune autorisation. Sous le régime de communauté, c'est un moyen pour la femme d'administrer une partie des biens communs : le placement des capitaux et les divers mouvements de fonds rentrent bien dans la catégorie des actes d'administration et il s'agit le plus souvent de biens de communauté. D'ailleurs le mari peut s'opposer au retrait du dépôt. Cette « *atteinte portée au régime du Code Civil est un bienfait social* »¹.

D'autres lois ont fait participer la femme à la gestion des biens communs^{1 bis}. Citons les plus importantes.

Une loi du 20 juillet 1886 (art. 13, al. 4) a permis à la femme de verser, sans autorisation maritale, des *cotisations* aux Caisses Nationales des retraites pour la vieillesse. Cette loi portait modification de la loi du 10 juin 1850 qui a créé cette institution.

(1) V. sur cette question : PLANIOL et RIPERT : op. cit., t. III, n° 1044.

(1 bis) Sur l'ensemble de ces dispositions : V. BONNECASE. « Mariage et régimes matrimoniaux », 1^{re} partie. V. COLIN et CAPITANT, op. cit., p. 144.

La loi de finances du 28 décembre 1922 (art. 26) a permis aux femmes titulaires de certaines pensions d'en *toucher les arrérages* sans autorisation. On peut discuter sur le point de savoir si ces arrérages tombent en communauté : mais comme la femme n'administre pas non plus ses propres, il y a là une exception au défaut général de pouvoirs dont elle est frappée.

Ces exceptions — et surtout celle de la loi du 13 juillet 1907 que nous verrons ci-dessous — ont donné une certaine part à la femme dans la gestion des biens communs ; mais elles sont, néanmoins, bien peu de chose, à côté des pouvoirs quasi-absolus du mari, non seulement d'administration, mais encore de disposition.

B. Actes de disposition.

Nous parlerons des *obligations* (aliénations indirectes en quelque sorte) après avoir exposé les pouvoirs de *disposition directe* (aliénation ou constitution de droits réels).

a) Pouvoirs d'aliénation des biens communs.

Tandis que le mari peut « *vendre, aliéner et hypothéquer* » les biens communs (art. 1421, al. 2, C. Civ.), « *il ne peut disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs. Il peut néanmoins disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier, au profit de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit* » (art. 1422 C. Civ.).

Les restrictions aux pouvoirs du mari nous donnent la mesure des pouvoirs de la femme. De cette règle, on tire la conséquence suivante : la femme doit être partie à la donation, interdite à son mari agissant seul : c'est elle qui *dispose de sa part* dans le bien aliéné ; elle conserve donc un certain pouvoir de disposition entre vifs de sa part des biens communs.

Quant aux dispositions testamentaires, c'est, bien en-

tendu, elle seule qui peut léguer sa part de communauté. L'art. 1423 C. Civ. indique que « *la donation testamentaire faite par le mari ne peut excéder sa part dans la communauté* ». Et comme la femme a toujours pu « *tester sans l'autorisation de son mari* » (art. 225), elle peut librement léguer sa part de communauté.

Mais si cette part est *certaine quant à la quotité* (moitié, sauf convention contraire) elle est *incertaine quant à la composition* : tout dépend du partage et si un bien, légué par elle, est attribué au mari, il semble qu'il faudra décider (par analogie avec la règle de l'art. 1423, al. 2 C. Civ.) que le légataire à titre particulier est créancier de la succession pour la valeur du bien qui lui échappe du fait du partage.

b) **Pouvoir d'obliger la communauté.**

Le mari, ayant, sur les biens communs, les pouvoirs d'administration et de disposition à titre onéreux (art. 1421 C. Civ.) doit avoir seul le pouvoir d'engager ces biens, et seulement par *les obligations qu'il contracte lui-même*. Telle est en effet la règle; mais elle comporte un certain nombre d'exceptions : d'abord le mari peut, en autorisant sa femme, engager la communauté : ce n'est pourtant pas lui qui contracte; ensuite la femme a, dans certains cas, le pouvoir d'engager les biens communs sans que son mari intervienne. Comment les choses se passeront-elles ?

Les biens communs disparaissent au moment de la dissolution de la communauté : alors joue la théorie des récompenses; on applique la distinction entre le droit de poursuite et la contribution. Avant de partager les biens communs, il faut séparer les dettes qui ont été payées sur les biens communs en deux catégories : les unes en effet, ont été payées avec les biens communs, parce qu'elles constituaient une charge de la communauté (art. 1409, C. Civ.) : elles composent le *passif définitif* de la communauté : chacun des époux doit les supporter, en principe, pour moitié; les autres ont été payées avec les biens communs parce que la femme, en dehors des biens communs,

n'avait pas les fonds nécessaires pour s'en acquitter ou parce que la fortune du mari était confondue avec la fortune commune; mais ces dettes ne constituent pas une charge de la communauté; elles composent *le passif provisoire* : l'époux qui n'était pas intéressé à son règlement, ne voit pas sa part de communauté réduite de son montant : on lui tient compte de la valeur de la dette acquittée : outre la reprise de ses biens propres, chaque époux opère un *prélèvement à titre de récompense*.

Nous ne devons pas entrer ici dans la distinction entre le passif provisoire et le passif définitif : nous étudions le pouvoir de la femme d'engager les biens communs : seul le droit de poursuite des créanciers de la femme est à examiner.

De même, nous ne distinguerons pas — nous l'avons déjà dit — suivant que les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale, de la communauté universelle ou réduite aux acquêts ou suivant qu'ils ont stipulé certaines des clauses prévues aux art. 1497 et suiv. Ces clauses, qui font varier la composition de l'actif commun, ont une influence, par là-même, sur le passif commun, mais il ne s'agit que du passif définitif : il ne s'agit pas du droit de poursuite des créanciers. Ainsi la clause de franc et quitte n'est pas opposable aux créanciers : c'est une question de contribution. Seule la clause de séparation de dettes arrête la poursuite des créanciers de la femme² ou plus précisément la limite aux apports mobiliers de la femme, à condition que le mari fasse la preuve de la consistance de ces apports.

Mais si cette preuve n'est pas faite, les créanciers pourront poursuivre tous les autres biens communs (et ceux du mari, confondus avec eux).

A part la seule réserve résultant de l'art. 1510 C. Civ. et soumise à la condition indiquée, ce pouvoir, dans les cas où la femme engage la communauté, est toujours le

(2) Même s'il n'y a pas eu inventaire du mobilier; V. L. 29 avril 1924, modifiant l'art. 1510 C. Civ.; V. PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. III, n° 1133.

même : il s'étend à tous les biens communs et à tous les biens du mari, car tout créancier de la communauté à action contre le mari (art. 1419, C. Civ.).

Dans quels cas, dès lors, la communauté est-elle obligée, *par le fait de la femme* ?

1° Avant le mariage, elle avait contracté une *obligation mobilière ayant acquis date certaine antérieure à la célébration* (art. 1410 C. Civ.).

On ne peut pas dire, à proprement parler, que la femme, en contractant, avait le pouvoir d'engager la communauté, laquelle n'existait pas encore. Une telle dette doit plutôt être considérée comme grevant l'apport mobilier de la femme. Il serait plus exact de dire que c'est le créancier qui a pouvoir de poursuivre le bien de la femme quel que soit l'état de ce bien; et que ce bien se trouvant, par la mise en communauté, confondu avec d'autres biens, son pouvoir s'étend désormais à tous les biens avec lesquels son gage propre est confondu.

2° Elle contracte *avec l'autorisation de son mari*. On considèrerait en général que l'art. 1419 C. Civ. constituait une exception à la règle « *qui auctor est se non obligat* ». Et en effet, si l'on ne va pas au fond des choses, cette conclusion s'impose : le mari autorisait sa femme incapable : il était engagé tant sur ses biens propres que sur les biens communs.

Pourtant, nous ne croyons pas que cette analyse soit exacte. L'autorisation maritale est susceptible de remplir des fonctions multiples. M. Voirin³ l'a clairement montré.

Tant que la femme commune avait besoin de l'autorisation pour faire disparaître son incapacité, ces diverses fonctions étaient confondues, mais, depuis la loi du 18 février 1938 « *...la fonction habilitante de l'autorisation disparaît; et sa disparition découvre l'existence d'autres fonctions sous-jacentes...* ».

Dans le cas envisagé, l'autorisation du mari remplissait d'abord une fonction habilitante. Le mari était *auctor*;

(3) Op. cit., p. 209.

ce n'est pas en cette qualité qu'il s'oblige; il s'oblige parce que son autorisation avait une seconde fonction : celle d'*engager la communauté* (et lui même par contrecoup).

Depuis la loi de 1938, la femme commune a encore besoin de l'autorisation de son mari, non pas pour contracter une obligation valable, mais pour que son obligation soit exécutable sur les biens communs et sur ceux du mari.

Cette loi, selon l'heureuse expression de M. Voirin, a découvert l'existence des autres fonctions de l'autorisation maritale. Et les auteurs ⁴ qui l'ont commentée ont en général mis en lumière que l'autorisation exigée par l'art. 1419 C. Civ. était seulement la condition de l'engagement de la communauté par les obligations contractées par la femme.

3° Elle est *commerçante et contracte pour les besoins de son négoce* (art. 1426, C. Civ. et 5 C. Com.).

Est-il exact de dire que la femme engage, dans ce cas la communauté et le mari sans autorisation de ce dernier ? ou doit-on admettre que la femme, ne pouvant être commerçante sans le consentement de son mari (art. 4 C. Com.), bénéficie d'une *autorisation générale de ce dernier pour engager la communauté* ? comme le disent MM. Planiol et Ripert (t. I, n° 981), « *c'est une chicane de mots* ». Il est certain que sans avoir obtenu le consentement marital, à l'exercice de sa profession, la femme n'engage ni la communauté ni le mari, fût-elle autorisée de justice. Il est certain aussi qu'après avoir obtenu le consentement marital à l'exercice de son commerce, elle n'a pas besoin d'une autorisation spéciale pour chaque obligation qu'elle contracte. Peu importe donc à quel titre les biens de communauté et ceux du mari sont engagés; l'essentiel, c'est que les textes ont décidé qu'ils le sont.

Néanmoins, on est bien obligé d'admettre que le con-

(4) V. SAVATIER, op. cit. n° 27; ESMEIN, op. cit., n° 20; V. Jean PONELLE (G. P., 30 juin 1938) : il ne s'agit plus d'une autorisation mais « de la caution bénévole d'un associé ».

seulement exigé par l'art. 4 C. Com. remplissait une double fonction, puisque seul il rendait les engagements de la femme à la fois *valables* et *exécutables sur la communauté*. Au contraire l'autorisation de justice ne permettait pas à la femme d'engager les biens communs (sauf les biens réservés); elle n'avait qu'une fonction habilitante.

Nous avons déjà étudié l'art. 4 C. Com. Nous avons dit⁵ que la raison principale de son maintien était justement la nécessité, pour la femme, de pouvoir engager la communauté et le mari, et la conclusion que nous en avons tirée, c'est que l'art. 4 C. Com. ne devrait plus s'appliquer que sous le régime de la communauté.

4° Elle contracte en vertu du *mandat domestique* (qui est *général* et *tacite*) ou d'un *mandat exprès* et *spécial* de son mari.

Suivant la théorie de la représentation juridique et malgré les apparences, c'est le mari qui est obligé et non la femme : l'acte fait par la femme engage le mari et la communauté et ne peut être exécuté sur les biens propres de la femme.

5° Elle contracte une obligation avec *autorisation de justice* pour tirer le mari de prison où établir un enfant en cas d'absence du mari (*art. 1427 C. Civ.*).

C'est le seul cas où l'autorisation de justice n'a pas une fonction purement habilitante et où elle donne à la femme pouvoir d'engager la communauté. Cette double exception peut se justifier par l'intérêt que présente l'obligation permise à la femme et l'impossibilité pour le mari de donner son autorisation.

6° Par l'acceptation d'une succession, d'une donation avec charges, d'un legs, elle se trouve *tenue dans certains cas de dettes qu'elle n'a pas elle-même contractées*, mais qui peuvent grever la communauté et le mari.

Quelques développements sont nécessaires sur ce point⁶.

(5) Cf. ci-dessus, Ch. I, section III, § 1.

(6) V. « Les successions échues à la femme et le droit de poursuite

Indiquons une fois de plus, comme nous l'avons fait avant d'aborder l'étude de ces différents cas, qu'il ne s'agit ici que du droit de poursuite des créanciers du donateur ou du testateur. Pour simplifier, nous ne parlerons que des successions : lorsque les donations et les legs comportent, par exception, la charge de payer des dettes, les mêmes règles sont applicables (art. 1418 C. Civ.).

Dans quels cas les créanciers héréditaires peuvent-ils poursuivre la communauté (en plus de l'actif successoral) et les biens du mari ? dans deux cas :

1) S'il y a eu *confusion du mobilier successoral* dans la masse commune par défaut d'inventaire (art. 1416, al. 2 C. Civ.).

2) Si la femme a *accepté avec le consentement de son mari* (art. 1416, al. 1 C. Civ.). Depuis que l'art. 776 al. 1 C. Civ. est abrogé, le seul caractère de cette autorisation apparaît : ce n'est pas une formalité habilitante, c'est la *condition d'engagement des biens communs*.

Comme l'a fait remarquer M. Ponelle⁷, il serait logique de faire disparaître la mention de l'autorisation de justice portée à l'art. 1416 al. 2 C. Civ. La femme n'a plus besoin d'être habilitée; et le mari sera tenu, même si la femme n'a pas été autorisée de justice, car il a commis un *délit civil* en ne faisant pas faire d'inventaire et la communauté sera engagée par sa faute, comme elle est engagée par les conséquences pécuniaires de ses infractions à la loi pénale (art. 1424 C. Civ.).

Il faut remarquer d'ailleurs qu'il s'agit seulement des effets de l'autorisation de justice. Si l'on décide qu'elle n'est plus exigée, (abrogation de 776 C. Civ., al. 1), cette disposition tombe d'elle-même.

La même observation doit être faite au sujet des art. 1413 et 1417 C. Civ. Ils sont en contradiction formelle avec l'abrogation de l'art. 776 al. 1 C. Civ. On doit donc

des créanciers depuis la loi du 18 février 1938 », par M. PONELLE, G. P., 30 juin 1938.

(7) Op. cit., ci-dessus note (6).

conclure à leur abrogation tacite malgré la réserve portée à l'art. 215 al. 2 C. Civ. Au surplus, les travaux préparatoires⁸ sont formels.

Nous venons de voir qu'en sa double qualité de copropriétaire indivise des biens communs et d'associée du mari dans la gestion de ces biens — associée subalterne si l'on peut dire, puisqu'elle n'aura qu'un « *pouvoir délégué* » —, la femme commune en biens avait une certaine participation à la gestion de la communauté. Mais la règle exprimée par l'art. 1421 C. Civ. demeure : le mari reste quand même, sinon toujours en fait, du moins en titre *le chef de la communauté*.

Sur les biens propres de la femme, ses pouvoirs sont bien moins étendus : nous allons nous en rendre compte.

§ 2. — LES POUVOIRS DE LA FEMME SUR SES BIENS PROPRES.

La composition de la fortune personnelle des époux varie, selon la composition de l'actif commun, et en sens inverse. Entre les cas extrêmes, c'est-à-dire la communauté universelle (art. 1526 C. Civ.) et l'exclusion de tout le mobilier présent et futur (art. 1500 C. Civ.), il y a place pour des clauses diverses, mais les pouvoirs de la femme sur ses biens propres *restent toujours les mêmes*.

A. Actes d'administration.

C'est le mari qui administre les biens personnels de la femme (art. 1428, al. 1, 1530, C. Civ.).

Cependant, il est reconnu que l'art. 1388 C. Civ., qui défend aux futurs époux de déroger dans leur contrat de mariage, aux droits « *qui appartiennent au mari comme chef* » ne défend pas de réserver à la femme l'administration et la jouissance de ses biens propres. On peut observer pourtant que les revenus des propres sont biens de

(8) V. not., Rapp. DELATTRE. J. O, Doc. Parl. Chambre 1937, annexe 3.331.

communauté (art. 1401, 2°) et que les réserver à la femme, c'est bien toucher aux droits du mari sur la communauté. Pourtant la femme, sous la séparation de biens, a la jouissance de ses revenus et rien n'empêche les époux de combiner les règles des divers régimes.

Mais à défaut de cette clause, la femme n'intervient pas dans l'administration de ses propres.

Il arrive pourtant que la *pratique* apporte des exceptions à cette règle.

Les agents de change et les employés de contentieux, chargés du transfert des titres, exigent, en général la signature de la femme lorsque le mari veut *convertir des titres nominatifs en titres au porteur*. Malgré la gravité de cette opération, c'est bien un acte d'administration. Mais la jurisprudence et la doctrine sont incertaines sur le point de savoir si le mari peut faire seul cette opération⁹; les praticiens se montrent prudents et on ne saurait les en blâmer.

De même pour qu'un *bail de plus de 9 ans* soit opposable à la femme après la dissolution de la communauté, il suffit qu'elle ait signé avec son mari (arg. art. 1429 C. Civ. « *les baux que le mari seul a faits...* »).

B. Actes de disposition.

Depuis que la femme a reçu la capacité, ses pouvoirs de disposition ont pris un grand intérêt, car ils s'exercent désormais librement.

1) Aliénations des propres de la femme.

a. — Immeubles.

L'art. 1428, al. 3 C. Civ. nous dit que le mari ne peut aliéner les immeubles personnels de la femme *sans son consentement*. Il est mal rédigé de l'avis unanime; ce n'est pas le mari qui aliène l'immeuble, *c'est la femme*.

L'art. 1535, al. 2, C. Civ. est rédigé, lui, correctement :

(9) Cf. PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. III, n° 1.061 bis.

sous le régime sans communauté, les immeubles ne peuvent être aliénés sans le consentement du mari ou, à défaut, sans l'autorisation de justice.

Ces dispositions ont été laissées intactes : pourtant, il est certain que *l'autorisation du mari n'est plus nécessaire pour relever la femme de son incapacité* mais seulement pour que l'aliénation porte sur la pleine propriété de l'immeuble dont le mari est usufruitier : ici encore, nous dirons que l'autorisation de justice doit disparaître¹⁰ et qu'une aliénation d'un de ses immeubles par une femme qui a seule signé l'acte est *valable*, mais *n'est pas opposable au mari* : la femme n'a pas pu transmettre au tiers plus de droits qu'elle n'en avait elle-même.

Il faut admettre, croyons-nous, l'abrogation tacite des art. 1428, al. 3 et 1535 al. 2 C. Civ. ou, plus exactement, les lire désormais comme s'ils étaient ainsi conçus :

« *Son consentement est nécessaire pour l'aliénation de la pleine-propriété d'un immeuble personnel de la femme,* (art. 1428, al. 3 C. Civ.).

« *Néanmoins, ils ne peuvent être aliénés en pleine propriété sans le consentement du mari* » (art. 1535, al. 2 C. Civ.).

Cette solution s'impose, selon nous ; puisque, d'une part, la femme est capable (art. 215 C. Civ.) et, d'autre part, les pouvoirs du mari sont limités à la jouissance des biens propres de sa femme ; à M. Ripert¹¹ il paraît pourtant impossible de l'admettre ; et la raison, c'est que l'aliénation des immeubles est toujours interdite à la femme séparée de biens (art. 1538 C. Civ.).

Le résultat, au premier abord, paraît incohérent. L'expliquer par le maintien provisoire du titre V du Livre III n'est pas une justification suffisante. Mais on peut penser qu'*en pratique*, la femme commune ne pourra pas plus se passer du consentement marital que la femme séparée

(10) V. en ce sens, Seine, 17 novembre 1938, G. T., 11-13 décembre 1938.

(11) PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. 3, additif à l'édition 1938, p. 3.

de biens, car on peut dire que les nues-propriétés n'ont pas cours.

Nous serions même tenté de dire : la femme commune aura moins de facilité que la femme séparée de biens, car cette dernière pourra toujours obtenir l'autorisation de justice à défaut de l'autorisation maritale : au contraire, jamais l'autorisation de justice ne pourra remplacer celle du mari et valoir renonciation à son droit de jouissance. Sur le terrain de la pratique, par conséquent, la différence n'aura que peu d'inconvénients.

Ceci dit, on est quand même obligé de reconnaître que la possibilité pour la femme commune d'aliéner la nue-propriété de ses propres n'est pas sans dangers.

On peut se demander notamment si le mari n'a pas intérêt à être consulté. Il ne lui est pas indifférent d'avoir, pour nu-propriétaire, sa femme, ou un étranger.

D'abord, cet usufruit est destiné à subvenir aux charges du ménage; il est à craindre que les difficultés ou les chicanes entre un nu-propriétaire quelconque et le mari ne soient moins rares qu'entre époux, ceux-ci ayant tous deux les mêmes intérêts dans la vie familiale.

Ensuite et surtout, l'usufruit entre époux est soumis à des *règles spéciales*, inspirées de cette idée que l'un des époux ne doit pas s'enrichir aux dépens de l'autre (théorie des récompenses). Ainsi pour les coupes de bois non faites, et qui auraient dû l'être au cours de la communauté, celle-ci recevra une indemnité si la femme est nue-propriétaire (art. 1403, al. 2 C. Civ.); si elle a vendu sa nue-propriété, aucune indemnité ne sera due (art. 590 C. Civ.).

De même pour les récoltes sur pied; au moment où cesse la jouissance d'un usufruitier ordinaire, aucune indemnité. Au contraire, lors de la dissolution, la communauté, qui a fait les frais de l'ensemencement, sera indemnisée.

Cette question de l'intérêt du mari a été posée¹². Heureusement, il sera peu fréquent qu'une femme vende la

(12) Rep. not.; op. cit., p. 90. '.

nue-propriété de ses immeubles : les nues-propriétés, ré-pétons-le, ne tentent guère les acquéreurs.

Malgré cet inconvénient possible, le principe nous semble certain. Il a été affirmé au cours des travaux préparatoires¹³ et la doctrine, en général, l'a admis¹⁴.

Avant la loi de 1938, la femme devait intervenir pour que l'aliénation de son bien faite par le mari portât sur la pleine propriété : elle avait donc seule le *pouvoir de disposer de la nue-propriété*. Ce pouvoir, elle ne peut pas l'avoir perdu aujourd'hui, et elle a acquis, en 1938, la capacité d'en user.

Il existe pourtant un cas où, par exception, le mari peut consentir seul une hypothèque sur un immeuble propre de la femme, qu'il n'a pourtant pas le pouvoir d'aliéner seul. S'il y a eu ameublement en valeur sur un immeuble déterminé (art. 1507, al. 3 C. Civ.) ou ameublement indéterminé (art. 1508, al. 2 C. Civ.) en valeur, le mari, quoique ne pouvant pas aliéner l'immeuble, peut consentir seul une hypothèque, jusqu'à concurrence de la portion ameublie.

En réalité d'ailleurs il n'y a pas à proprement parler aliénation partielle d'un immeuble propre ; la valeur de cet immeuble tombe en communauté dans la proportion de l'ameublement. Néanmoins, c'est une exception remarquable au principe que pour hypothéquer un bien, il faut avoir le pouvoir de l'aliéner¹⁵.

β. — *Meubles*.

La loi ne parle pas de l'aliénation des meubles propres de la femme. Mais on admettait généralement¹⁶ que, sauf dans certains cas^{16 bis}, c'était encore la femme et elle

(13) J. O., O. P., Sénat 1937, p. 349.

(14) V. not. : JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, chr. déjà citée p. 28 ; ESMEIN, op. cit., n° 22 ; SAVATIER, op. cit., n° 27 ; contra., M. RIPERT, op. et loc. cit.

(15) Cf. PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. 3, n° 1.049.

(16) Ibid., n°s 1.048 et 1.049.

(16 bis) Meubles consommables par le premier usage ou destinés à être vendus ou livrés sur estimation (art. 587, 1.532 et 1.551, 1.851, C. Civ. par analogie).

seule qui avait le pouvoir de les aliéner. Et la loi nouvelle ne doit apporter aucun changement sur ce point.

Signalons, pour terminer, une disposition commune aux meubles et aux immeubles. Lorsque la femme recueille une succession, si les biens à elle échus doivent tomber en communauté, c'est le mari seul qui doit procéder au partage; il peut même procéder seul au *partage provisionnel* des biens destinés à rester propres. Mais lorsque ces biens doivent être *partagés définitivement* (partage de propriété), la femme doit y participer (art. 818 al. 1 C. Civ.).

Il semble qu'ici aussi la femme pourra agir sans autorisation (si les biens hérités par elle sont des nues-propriétés notamment).

Mais, ce cas mis à part, la femme n'agira jamais seule; il faut tenir compte du fait que le mari est administrateur des biens de la femme; de plus, il aura la jouissance des immeubles propres qui seront attribués à la femme : il semble équitable que, dès lors, les deux époux coopèrent au partage *dans la limite de leurs pouvoirs respectifs*, comme avant la loi de 1938.

2) Obligations contractées par la femme.

Les obligations valablement contractées par la femme grèvent-elles la nue-propriété de ses biens propres ? C'est la règle, mais il faut ajouter une réserve importante : toutes les fois que la femme n'a agi que *comme mandataire (exprès ou tacite)* de son mari, *ses biens personnels ne sont pas engagés*, sauf si, détruisant la présomption de mandat tacite, elle *manifeste clairement l'intention* d'engager ses biens personnels¹⁸.

Mais dans tous les cas, autres que ceux de mandat, la dette contractée par la femme, même si elle engage la communauté et le mari, engage aussi la femme sur la nue-

(17) V. PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. 3, n^{os} 1.048 et 1.049.

(18) Cf. ci-dessus, Ch. I, Section IV, § 3.

propriété de ses biens propres. C'est le principe général de l'art. 2092 C. Civ.

α. — Cette règle est appliquée lorsque l'obligation *n'a pas été contractée par la femme, mais lui échoit par succession*.

« *Celui des époux qui recueille la succession devient débiteur personnel des créanciers du défunt* »¹⁹.

Par conséquent, la femme qui, désormais, peut accepter une succession sans autorisation (abr. art. 776 al. 1 C. Civ.), engage la nue-propriété de ses biens propres (sauf si elle a accepté sous bénéfice d'inventaire), même si la dette peut-être aussi exécutée sur la communauté (art. 1411 et s. C. Civ.)²⁰

β. — Et quand il s'agit d'une dette *contractée par la femme* dans les cas énumérés ci-dessus, l'autorisation du mari et l'autorisation de justice prévue à l'art. 1427 C. Civ. donnent action au créancier sur les trois patrimoines : celui de la femme (art. 2092 C. Civ.), le patrimoine commun (art. 1426 C. Civ. a contrario), et celui du mari (art. 1419 C. Civ.).

La mise en communauté des biens de la femme ou d'une partie de ses biens peut augmenter le gage de ses créanciers personnels : elle ne peut le diminuer. D'ailleurs, le fait que la dette de la femme est tombée en communauté n'empêche pas en principe le créancier après la dissolution de la *poursuivre* pour le tout (art. 1486 C. Civ.), (la question contribution réservée).

Une exception cependant est apportée à cette règle par l'article suivant : si la femme s'est obligée *conjointement avec son mari, elle ne peut être poursuivie que pour moitié*, sauf si la solidarité a été stipulée (1487 C. Civ.); d'ailleurs cette solidarité n'aura d'effet qu'au moment de la poursuite : entre époux la femme est réputée caution (art. 1431) et elle aura contre son mari un recours pour le tout.

(19) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 1.111 et s.

(20) Sur l'ensemble de la question, nous renvoyons à l'étude de M. PONELLE, déjà citée.

Nous concluons ainsi : sous les régimes communautaires, la femme n'a pas — sauf clause contraire au contrat de mariage — l'administration et la jouissance de ses biens propres, administration et jouissance qui appartiennent au mari. Mais celui-ci n'a, en revanche, aucun pouvoir de disposition sur eux (sauf exceptions).

Enfin, les obligations contractées par la femme ou échues à la femme par succession sont exécutoires *sur tous ses biens propres* même si la dette tombe en communauté : cette obligation personnelle de la femme qui est *masquée par le fonctionnement du régime*, réapparaît à la dissolution : la femme est obligée pour le tout envers son créancier (sauf obligation conjointe, non solidaire.)

C'est à travers de tels pouvoirs — pouvoirs sur les biens communs et pouvoirs sur ses biens propres — que la capacité, tout fraîchement accordée à la femme par le législateur, pourra s'exercer.

§ 3. — CAPACITÉ DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS.

C'est elle et elle seule qui, depuis la loi du 18 février 1938, est pleinement capable, *dans la limite de ses pouvoirs* (définis aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus), elle n'a jamais besoin d'autorisation ni du mari ni de justice pour faire un acte valable. Il n'est pas nécessaire de dresser une liste des actes permis puisqu'aucun acte ne lui est défendu.

Signalons seulement deux décisions du Tribunal Civil de la Seine qui appliquent en la matière, le nouvel art. 215 C. Civ.

Aucune déposition légale ne restreignant pour la femme la capacité de transiger, il lui est possible de conclure, sans autorisation ni du mari ni de justice, une transaction sur le montant de l'indemnité à elle accordée en réparation d'un dommage personnel, alors que le régime adopté étant celui de la communauté réduite aux acquêts, l'indem-

nité en question devait constituer pour elle un bien propre ¹⁹.

De même, la femme commune en biens est entièrement libre d'aliéner la nue-propriété de ses biens propres ²⁰.

Cette pleine capacité de la femme commune en biens a été affirmée au cours des travaux préparatoires.

Les tiers sont certains que les actes passés par la femme commune agissant seule, ne seront pas nuls : mais leur exécution dépendra des pouvoirs qu'avait la femme en agissant (V. rapport de M. Delattre déjà cité).

« *La femme, sans autorisation maritale, sera libre de contracter et de s'engager. Son engagement sera valable, mais il dépendra, comme étendue, de son régime matrimonial..., si la femme est commune en biens, elle pourra engager la nue-propriété de ses propres et ses biens réservés...* » ²¹.

Pourtant, certains points demeurent obscurs.

A. Capacité de la femme commune quant aux actes judiciaires.

Comment le Code Civil avait-il organisé l'incapacité de la femme mariée ? En réglementant d'abord une situation générale (art. 215 à 226) que les époux avaient la faculté de modifier en adoptant, par contrat de mariage un des régimes organisés au titre V du Livre III. Si les époux se mariaient sans contrat, ils étaient soumis aux art. 1400 et s. qui étaient le développement des art. 215 à 226. De plus, ces articles constituaient la règle générale et ceux du titre V l'exception. En cas de difficulté d'interprétation, c'est aux art. 215 à 226, *droit commun en la matière*, que l'on devait se reporter.

Cette règle était appliquée en ce qui concerne l'action en justice. L'art. 215 interdisait à la femme d'ester en

(19) 2 juin 1938, Sem. jur., 19 juin 1938; G. T., 21 juin 1938; La Loi 24 juin 1938; G. P., 13 octobre 1938.

(20) 17 nov. 1938, G. T., 11-13 décembre 1938. Cf. G. P. 31 janv. 1939.

(21) Exposé de M. RENOULT, J. O., D. P., Sénat 1937, 349.

justice, même si elle était « *marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens* ».

Pourtant, dans ces trois cas, la femme avait certains pouvoirs avec la capacité nécessaire pour les exercer.

La femme, commerçante du consentement de son mari, engage sans autorisation (elle est donc capable) les biens communs et ceux de son mari (elle a donc pouvoir de les engager) quand elle agit pour les besoins de son négoce (art. 220, 1426 C. Civ. et 5 C. Com.).

La femme non commune peut se réserver par contrat de mariage, l'administration et la jouissance d'une partie de ses biens (art. 1534). Il en est de même de la femme dotale sur ses biens dotaux (art. 1549, al. 3). Avec le pouvoir d'administrer et de percevoir les fruits et d'en disposer, la femme a, dans ces deux cas, la capacité de faire les actes d'administration et de disposition des fruits.

La femme séparée de biens — et la femme dotale sur ses paraphernaux — a pouvoir d'administration et de disposition de certains biens avec la capacité de faire les actes que comportent ces pouvoirs (art. 1449, 1536 et 1576). Et pourtant l'art. 215 C. Civ. interdisait à la femme, dans ces trois cas, de plaider au sujet d'un bien qu'elle avait pourtant pouvoir d'aliéner ou au moins d'administrer.

La conclusion, c'est que l'exercice des actions en justice était considérée par le Code comme une opération *plus grave* qu'un acte d'administration, plus grave parfois même qu'un acte d'aliénation.

C'est si vrai, que la loi du 13 juillet 1907 a prévu, par une disposition spéciale (art. 6) que la femme pourrait plaider sur ses biens réservés, alors que l'art. 1 lui donne déjà le pouvoir de les administrer et d'en disposer dans certains cas.

L'art. 215 C. Civ. est abrogé. Aucune disposition générale *valable sous tous les régimes* ne défend désormais à la femme mariée l'exercice des actions en justice²². Dès lors, quand la femme mariée pourra-t-elle plaider ? En

(22) Cf. Lyon, 7 avril 1938 : La loi, 2-4 oct. 1938.

principe, toutes les fois qu'un texte exprès ne lui retirera pas ce droit.

Sous la communauté, il était dit que « *le mari peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à sa femme* » (art. 1428 al. 2 C. Civ.). Cette disposition était en corrélation avec l'ancien art. 215 C. Civ. Elle lui apportait d'ailleurs une exception, car on devait en déduire, *a contrario*, que le mari ne pouvait exercer seul les actions immobilières pécuniaires; du reste, dans ce cas, il n'intervenait que pour assister sa femme : c'était elle qui exerçait l'action. On remarquait au surplus une différence de rédaction entre les art. 1428 al. 2 et 1549 al. 2 C. Civ. Sous le régime dotal, le mari *a seul le droit d'agir*; ici il *a le droit d'agir seul*; donc rien n'empêchait les deux époux d'agir (à condition que la femme se fasse habilitier) ²³.

Cette disposition n'a pas été modifiée et elle ne devait pas l'être, puisque l'organisation des régimes matrimoniaux est restée ce qu'elle était. En effet, rien n'est changé dans *l'attribution des actions* : le mari, en sa double qualité d'administrateur et d'usufruitier, pourra toujours exercer les actions mobilières et possessoires (ainsi sans doute que l'action confessoire d'usufruit) ²⁴.

C'est, comme auparavant, la femme qui pourra exercer les actions immobilières possessoires, mais elle pourra le faire, désormais, *sans autorisation*.

Est-ce que désormais la femme pourra sans autorisation exercer les actions mobilières et possessoires lorsque son mari négligera de le faire; est-ce qu'on pourra toujours, en ce sens, tirer argument des termes de l'art. 1428 al. 2 C. Civ. ? La question est embarrassante; il semble que l'on doit répondre ceci : l'art. 1428 al. 2 C. Civ. règle, au fond, une question de pouvoirs, de répartition entre les époux des diverses actions en justice. Depuis la loi de 1938, *loi de capacité*, la femme exerce *librement* les

(23) Cf. PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. III, n° 1.065.

(24) Ibid., n° 1.064.

actions qui lui appartenaient déjà (actions touchant la nue-propiété de ses propres); mais elle ne doit plus pouvoir exercer les actions qui appartenaient et appartiennent encore à son mari, car elle pourrait le faire désormais à son insu, ce qui serait anormal.

B. Capacité quant aux actes extrajudiciaires.

a) Actes de disposition.

La femme commune en biens n'a certainement pas besoin d'être autorisée pour disposer de la nue-propiété de ses biens propres (ce qui épuise ses pouvoirs). L'art. 1428 al. 3 C. Civ. était incorrect sous l'empire du Code Civil : il constitue une erreur actuellement et doit être lu comme nous l'avons indiqué.

Il est d'ailleurs incomplet puisqu'il ne parle pas des meubles et que, sauf exceptions, le mari ne peut pas non plus disposer des meubles de sa femme; pour eux, la même solution s'impose : par exemple, l'aliénation par la femme d'une valeur mobilière laissera intact le droit d'usufruit du mari, mais sera valable.

b) Obligations.

Aucun texte ne défend à la femme commune en biens de contracter une obligation valable. Le gage du créancier dépendra du pouvoir qu'avait la femme en contractant.

« La femme, sans autorisation maritale, sera libre de contracter et de s'engager. Son engagement sera valable, mais il dépendra, comme étendue, de son régime matrimonial. Car la femme ne peut pas transmettre aux tiers plus de droits qu'elle n'en a elle-même;... si la femme est commune en biens, elle pourra engager seulement la nue-propiété de ses propres et ses biens réservés, si elle en a... » ^{24 bis}.

En résumé, sous les régimes communautaires, la femme est pleinement capable en ce sens qu'elle peut.

(24 bis) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 347.

sans autorisation, plaider et accomplir tous actes juridiques²⁵. Mais comme les pouvoirs du mari, tant sur les biens communs que sur ses biens propres, sont toujours les mêmes, il faut se demander si, dans la pratique, la femme, sous les régimes de communauté, trouvera des avantages dans la loi nouvelle.

Pouvoir se passer d'autorisation pour disposer de la nue-propriété de ses biens ou pour engager, par ses dettes, cette nue-propriété, c'est évidemment un avantage pour la femme, mais les nues-propriétés ne sont pas très cotées ni auprès des acquéreurs, ni auprès des créanciers.

Pouvoir exercer librement l'action en revendication d'un immeuble, c'est encore un avantage certain; mais on peut penser qu'avant la loi de 1938 la femme ne rencontrait pas de grosses difficultés pour obtenir à cet effet l'autorisation de son mari; celui-ci avait grand intérêt lui-même à cette action puisqu'il est usufruitier et c'est à ce titre d'ailleurs qu'il lui était permis d'intenter l'action confessoire d'usufruit. S'il se montrait négligent ou récalcitrant, on peut penser que les Magistrats autorisaient sans difficulté la femme. Néanmoins, c'est un allègement de la procédure, et il faut se féliciter à ce titre que la formalité de l'autorisation ait été supprimée.

La femme commune en biens pourra-t-elle recevoir le paiement d'une créance propre, se faire ouvrir un compte en banque, aliéner des valeurs mobilières? Théoriquement, oui et cela a été affirmé par M. Renoult²⁶. Seulement, il est à craindre que les praticiens, responsables vis-à-vis du mari au cas où la femme excéderait ses pouvoirs, n'exigent d'elle des justifications qui, en fait, empêcheront la femme d'agir sans le concours de son mari.

M. Renoult a affirmé que désormais la présence de valeurs mobilières entre ses mains ferait présumer qu'elle en est propriétaire et qu'elle a le pouvoir d'en disposer.

(25) Cf. « Capacité de la femme mariée en matière de société », par M. R. B., Sem. jur., 26 juin 1938.

(26) J. O., D. P., Sénat 1937, p. 347.

Cette affirmation a été contestée par M. Esmein²⁷. Elle est, selon lui, en contradiction formelle avec la présomption de communauté résultant des art. 1402 et 1499 C. Civ.

Mais cette question paraît assez obscure. Quel a été le rôle assigné à ces articles ? Doivent-ils jouer pour empêcher la femme commune d'aliéner une valeur propre ? Et quelle est leur force en face de l'art. 2279 C. Civ., « *en fait de meubles, la possession vaut titre* » ?

Les travaux préparatoires du Code Civil ne nous renseignent pas sur la force de cette présomption de communauté ni sur son domaine.

Nous lisons sur l'art. 1402 C. Civ.²⁸ : « *On voit que la communauté embrasse tout, excepté les meubles possédés par chacun des époux au jour du mariage, ce qu'il faut prouver pour les soustraire à la communauté, et les immeubles...* ». Et sur l'art. 1499 C. Civ.²⁹ : « *Ainsi l'on peut convenir que la communauté n'embrassera que les acquêts. Et alors les acquêts seuls sont partagés. Les dettes ne sont pas communes et le mobilier lui-même, s'il est constaté par un inventaire en bonne forme, est exclu de la communauté et du partage* ».

Il a donc été seulement question, lors de la confection du Code Civil, de la reprise des propres et des rapports entre époux³⁰. Il ne semble pas que la présomption de communauté ait été établie dans le but précis de paralyser la femme qui désire vendre, par exemple, un meuble propre.

La question n'avait pas d'intérêt tant que la femme était incapable : elle est susceptible de se poser aujourd'hui. Il serait intéressant de connaître à quelle présomption nos Tribunaux reconnaîtront le plus de force ; mais il n'y a pas encore eu, à notre connaissance, de décision sur ce point.

(27) Sem. jur., 20 mars 1938, p. 55, n° 23.

(28) FENET, Trav. prép., C. Civ., t. XIII, p. 719.

(29) Ibid., p. 742.

(30) La loi du 29 avril 1924 a facilité la preuve des reprises à l'égard des tiers ; elle aussi ne joue qu'à la dissolution de la communauté.

Si la femme s'adresse aux officiers ministériels, comment les choses se passeront-elles ? Vraisemblablement ils continueront à lui demander des justifications avant de traiter avec elle; n'engageront-ils pas leur responsabilité professionnelle, comme M. Renoult l'a laissé entendre ? Ce serait sans doute inconcevable, car les notaires et les agents de change ont non seulement le droit mais encore le devoir de demander ces justifications.

Mais si la femme ne passe pas par leur ministère parce que ce ministère n'est pas obligatoire; si elle vend par exemple un meuble corporel ou même une valeur au porteur ? Est-ce que le tiers de bonne foi pourra invoquer l'art. 2279 C. Civ. à l'encontre du mari ? Peut-il être considéré comme « *de bonne foi* » ? Il semble difficile de lui reprocher de n'avoir pas demandé des justifications à la femme.

Cette question de la valeur de la présomption de communauté risque désormais de se présenter sur le terrain des faits depuis la loi de 1938, puisque l'acte de la femme est valable. Nous n'avons voulu ici que la poser.

Nous verrons d'ailleurs, à la fin de la section à l'étude de laquelle nous arrivons, qu'elle se pose également, sur un plan différent, à propos de la loi de 1907.

SECTION IV

POUVOIRS DE LA FEMME SUR SES BIENS RESERVES CAPACITE DE LA FEMME EXERÇANT UNE PROFESSION SEPARÉE

Dans le cadre de la loi du 13 juillet 1907 (avant la loi de 1938), y avait-il concordance entre le domaine de la capacité de la femme et celui de ses pouvoirs ? autrement dit : une femme exerçant une profession séparée était-elle capable de contracter valablement *toute espèce d'obliga-*

tions, celles-ci n'étant exécutoires que sur ses biens réservés et la nue-propriété de ses propres; ou au contraire, pour être valable, l'acte devait-il *porter sur les biens réservés* (bail d'un immeuble réservé, hypothèque concédée sur un immeuble réservé)? La question était controversée: il semble que la loi de 1907, ayant eu un domaine d'application spécial, ne devait pas permettre de valider un acte quelconque de la femme, mais les avis étaient partagés. (V. sur cette question, Planiol, Ripert et Nast, op. cit., t. IX, n° 1351 et S.).

Quoiqu'il en soit, la question ne peut plus se discuter depuis 1938 puisque la femme est pleinement capable en principe.

La loi du 13 juillet 1907 n'a pas donné, de l'avis général, les résultats qu'on avait escomptés d'elle. La raison de ce demi-échec doit, semble-t-il, être cherchée dans ce fait que la réforme était *partielle*. Elle donnait à la femme une certaine capacité, mais l'incapacité subsistait à titre de règle générale. Elle rendait à la femme certains pouvoirs sur certains biens communs dits « réservés », mais le mari conservait ses pouvoirs sur tous les autres biens communs.

Le simple énoncé de cette double proposition nous fait prévoir que la loi du 18 février 1938 qui, tout en supprimant l'incapacité de la femme, a laissé intacts les pouvoirs du mari comme chef de la communauté, ne permettra pas encore à la loi de 1907 de remplir complètement le rôle qu'on lui avait confié.

Le projet du 23 juin 1932 portait abrogation de toute la loi de 1907. Cette mesure se justifiait par ce fait que le titre des régimes matrimoniaux était entièrement refondu; notamment, les pouvoirs du mari sur les biens communs (si les époux adoptaient par contrat la communauté) étaient limités: en tous cas, la loi de 1907 apparaissait comme un simple cas d'application de la nouvelle règle générale: on la supprimait comme texte inutile.

On comprend moins que le projet de la Commission ait adopté la même position, puisque, lui, ne touchait pas aux

régimes matrimoniaux. M. Voirin, en 1934, a signalé les conséquences de cette anomalie¹. Deux amendements ont eu pour objet l'un, de limiter l'abrogation aux art. 7 à 10 de la loi (amendement Pernot), l'autre d'abroger encore les art. 1^{er}, al. 5, 2 et 6 en plus des art. 7 à 10 (amendements Fourcade).

Dans l'étude de cette loi, nous suivrons le même plan que dans les précédentes sections.

§ 1. — POUVOIRS DE LA FEMME SUR SES BIENS RÉSERVÉS.

Ils existent « *sous tous les régimes et à peine de nullité de toute clause contraire...* » (art. 1^{er}, al. 1). Mais la loi a surtout été faite pour les femmes communes en biens qui sont en très grosse majorité en France et auxquelles le Code Civil accordait le moins de capacité et de pouvoirs. C'est donc *au point de vue de la communauté* que nous envisagerons ces pouvoirs.

Les biens réservés font partie de la communauté. C'est certain, puisqu'ils entrent dans le partage (art. 5, al. 1) et que la loi dit que ces biens sont propres à la femme s'il n'y a ni communauté, ni société d'acquêts (art. 5, al. 4).

Mais parmi les autres biens communs, leur *situation est spéciale* à deux points de vue notamment.

Si la femme renonce à la communauté, elle a le droit de les reprendre (art. 5, al. 2 et 3) bien qu'elle n'ait plus aucun droit sur les autres biens *ex-communs*. Cette particularité s'explique ainsi : pendant la communauté, la femme était le chef de ces biens communs : en renonçant à la communauté, elle perd tout droit sur les biens dont son mari était chef (la masse des biens communs) mais elle conserve ses droits sur ceux dont elle était le chef (les biens réservés).

La seconde particularité des biens réservés apparaît si l'on considère les droits que la femme possède sur eux.

(1) Chr., D. H., 19 juillet 1934.

A. Actes d'administration.

« ... *La femme a, sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant, les mêmes droits d'administration que l'art. 1449 du Code Civil donne à la femme séparée de biens* » (art. 1^{er}, al. 1, L. 13 juillet 1907).

Cette disposition serait très claire et il n'y aurait pas de difficulté si l'art. 1449 C. Civ. contenait une liste d'actes permis à la femme; mais il n'en est rien : il se borne à dire que la femme séparée « *reprend la libre administration* » de ses biens.

L'alinéa suivant fait une application de ce principe : « *elle peut en faire emploi en acquisitions de valeurs mobilières ou immobilières* ». Il est admis que le placement des capitaux est possible à la femme séparée, parce que la formule employée à son endroit, « *libre administration* », est plus compréhensive que les formules « *pure administration* » ou « *simple administration* » employées dans d'autres textes ².

Quant aux actes d'administration courante, il faut décider que la femme séparée et la femme exerçant une profession séparée ont les mêmes pouvoirs.

En ce qui touche la conversion de titres nominatifs en titres au porteur, il y aura, ici, moins de difficultés; les pouvoirs de disposition sont ici beaucoup plus étendus que sous la séparation de biens : de toute façon cette conversion sera permise à la femme exerçant une profession séparée.

On a coutume de considérer les al. 3, 4 et 5 de l'art. 1^{er} de la loi de 1907 comme un démenti donné à la formule de l'al. 1 de l'art. 1^{er}. Et, de fait, ces dispositions sont beaucoup plus libérales que l'art. 1449 C. Civ. Mais on peut observer que l'al. 1 de l'art. 1^{er} n'assimile la femme exerçant une profession séparée à la femme séparée que sur le terrain des actes d'administration. La suite du texte lui donne des pouvoirs de disposition. Il ne nous semble pas, contrairement à ce que l'on estime en général, qu'il y ait

(2) Cf. PLANIOL et RIPERT, op. cit., t. 3, n° 1.445.

une contradiction entre l'al. 1 et les al. suivants : ils n'ont pas le même objet. Cette prétendue contradiction a pour origine un incident de rédaction³.

B. Actes de disposition.

Au surplus, puisqu'il s'agit de pouvoirs, ce n'est pas à la femme séparée de biens qu'il faut comparer la femme exerçant une profession séparée. Nous savons que la question pouvoirs ne se pose pas pour la femme séparée et que c'est sa capacité qui est limitée.

Il nous paraît plus instructif de comparer les pouvoirs de la femme sur ses biens réservés, d'une part, avec les pouvoirs du mari sur les biens communs, d'autre part, avec les pouvoirs de la femme commune sur ses biens propres. Nous allons voir que dans ces deux cas, il y a discordance : la femme exerçant une profession séparée a, sur ses biens réservés, des pouvoirs plus étendus que le mari sur la communauté, et aussi plus étendus qu'elle même sur ses propres biens.

a) Aliénations.

S'il s'agit d'aliénations à titre *onéreux* (aliénation totale, ou constitution de droits réels), il y a concordance entre l'art. 1421, al. 2 C. Civ. et l'art. 1^{er}, al. 3, L. 1907.

Mais il s'agit d'actes *gratuits*, les deux situations diffèrent.

Nous savons que le mari ne peut disposer des immeubles communs, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, sauf pour l'établissement d'un enfant commun. Et que les donations de meubles, qui lui restent permises, doivent porter sur la pleine propriété (art. 1422 C. Civ.).

La loi du 19 mars 1919 a permis à la femme, sous certaines conditions, de donner ses biens réservés à certaines œuvres de charité. Comme il s'agissait d'une disposition

(3) On n'avait prévu, primitivement, que les pouvoirs d'administration; quand on a ajouté les pouvoirs de disposition, on a oublié de modifier l'al. 1.

exceptionnelle, on en déduisait, avec raison, qu'en dehors des limites précises de l'art. 1^{er}, al. 4, L. 1907, la femme ne pouvait pas donner ses biens réservés, à titre gratuit.

La loi du 18 février 1938 a-t-elle élargi ces pouvoirs ? elle a supprimé l'art. 905 C. Civ. d'où résultait pour la femme, l'incapacité de doner entre vifs. Peut-on admettre que, désormais, la femme sera entièrement libre de donner ses biens réservés ? ce serait oublier que les biens réservés *sont des biens communs*, c'est-à-dire que la femme en est seulement co-propriétaire indivise. Il faut donc limiter son pouvoir de disposer à titre gratuit, mais sur quelle base ? doit-on s'inspirer de l'art. 1422 ou de l'art. 1449 ?

Certes, il est dit dans la loi de 1907 que les *pouvoirs d'administration* qu'elle donne à la femme sont les mêmes que pour la femme séparée de biens; mais il ne faut pas, croyons-nous, étendre cette assimilation aux *pouvoirs de disposition*. Il en résulterait que la femme ne pourrait donner que ses meubles et seulement si leur aliénation constitue un acte d'administration (à moins que la jurisprudence ne change sur ce point).

Peut-on accorder à la femme sur ses biens réservés les mêmes pouvoirs qu'au mari sur les autres biens communs (art. 1422) ? Doit-on lui interdire de donner ses immeubles, sauf pour établir un enfant commun et ne lui permettre d'aliéner ses meubles qu'à titre particulier et en toute propriété ? On ne voit pas pourquoi il serait défendu à la femme de se réserver l'usufruit des valeurs mobilières qu'elle donne. On ne voit pas non plus pourquoi la femme qui, sous le régime dotal, doit être autorisée par son mari pour donner un immeuble dotal en vue de l'établissement d'un enfant commun (art. 1556, al. 1 C. Civ.)⁴ en serait dispensée pour donner un immeuble « *bien réservé* » dans les mêmes conditions.

En réalité il n'est pas plus logique d'appliquer l'art. 1422 que l'art. 1449 : il semble que l'on devrait dire : la femme peut disposer de ses biens réservés à titre gratuit

(4) Cf. ci-dessus, Section II, § 1.

dans le cas prévu à l'art. 1^{er}, al. 4, L. 1907. Hors ce cas, elle n'a aucun pouvoir : elle ne peut disposer de ses meubles, parce que l'art. 1449 ne lui est pas applicable, sauf dans la limite où l'aliénation est permise à la personne qui administre (donation de fruits p. ex.) Elle ne peut disposer de ses immeubles parce qu'un tel acte ne saurait être un acte d'administration. Elle ne peut même pas doter un enfant commun parce que le mari, titulaire de la puissance paternelle, doit être consulté.

La plupart des auteurs⁵ admettent que la formule de l'art. 1^{er}, al. 1 — rendue inexacte par la suite du texte — doit néanmoins s'appliquer aux actes de disposition à titre gratuit. Ce ne serait pas uniquement pour les actes d'administration, mais aussi pour les aliénations gratuites que la femme serait traitée comme si elle était séparée de biens.

b) Obligations.

L'art. 1 al. 3 (loi du 8 juin 1923) déclare que la femme pourra sans autorisation de son mari emprunter sur ses biens réservés. D'autre part l'art. 3 al. 1 dit : « *les biens réservés à l'administration de la femme pourront être saisis par ses créanciers* ».

Ainsi une dette quelconque de la femme pourra être payée sur les salaires, sur les économies, ou même sur les biens, meubles et immeubles, achetés en emploi de ces économies.

En ce sens, par conséquent, la femme a sur ses biens réservés un pouvoir plus étendu que sur ses propres; de ceux-ci elle ne peut aliéner directement ou indirectement que la nue-propriété.

En résumé, la femme *administre ses biens réservés*; elle peut en *disposer librement à titre onéreux* : peut-être

(5) V. ESMEIN, G. P., 7 mars 1938; Sem. Jur., 20 mars 1938; SAVATIER, Les Lois nouvelles, 1938, 1^{re} partie, n° 28. M. ANCEL (op. cit., n° 65 et 83), admet que la femme « *peut disposer librement de ses biens réservés, même à titre gratuit* ». Formule comprenant meubles et immeubles : il invoque purement et simplement l'abrogation de l'art. 905, C. Civ.

la jurisprudence lui accordera t-elle le droit de donner entre vifs au moins ses meubles en invoquant l'art. 1449; toute dette contractée valablement ⁶ par elle est exécutable sur ses biens réservés.

§ 2. — CAPACITÉ DE LA FEMME
EXERÇANT UNE PROFESSION SÉPARÉE.

Il y a lieu d'examiner à part les actes judiciaires et les actes extrajudiciaires. Il faudra enfin conclure en recherchant les améliorations que la loi de 1938 apporte aux femmes exerçant une profession séparée.

A. Actes judiciaires.

L'art. 6 de la loi de 1907 autorisait la femme à plaider « *dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi* ». Il établissait un synchronisme entre les actes juridiques et les actions en justice. Il a été abrogé comme inutile, puisqu'aucun texte ne défend à la femme commune de plaider; même si la jurisprudence liait l'exercice de l'action en justice au pouvoir de disposer, ce qui est peu vraisemblable, la femme n'aurait besoin d'aucune autorisation pour ester en justice puisqu'elle a sur ses biens réservés des pouvoirs d'administration et de disposition.

B. Actes extrajudiciaires.

Il est spécifié dans la loi que les actes permis à la femme peuvent être faits « *sans autorisation* » : cette loi donnait donc à la femme la capacité de les faire.

Malgré le nouvel art. 215 C. Civ., la non-abrogation du texte entier de la loi de 1907 présente un certain intérêt :

a) Sous la *communauté*, puisque le mari reste administrateur des biens propres de la femme comme des biens

(6) Cf. ci-dessus au début de cette section.

communs, il est toujours nécessaire d'indiquer que, sur les biens réservés, les pouvoirs appartiennent à la femme.

b) Sous la *séparation de biens*, puisque la femme séparée reste demi-capable, quant au reste de sa fortune, alors que sur ses biens réservés elle est pleinement capable (sauf disposition gratuite des immeubles sans doute).

On doit donc se féliciter que la loi de 1907 n'ait pas été abrogée tout entière.

Nous en aurons terminé avec la loi de 1907 lorsque nous aurons examiné deux points particuliers.

I. Cette capacité de la femme apparaissait comme une exception : aujourd'hui, elle semble absorbée dans la règle générale de l'art. 215 C. Civ. Le législateur a, dès lors, abrogé l'art. 1 al. 5 comme inutile : on n'a plus à se préoccuper des justifications à fournir par la femme puisque toute femme mariée est présumée capable.

Si l'on ne regrette pas la disparition de ce texte jugé inutile, c'est la preuve que l'on voyait dans cette disposition seulement une *question de capacité*. On estimait que même après avoir prouvé l'exercice par elle d'une profession séparée, la femme devait encore prouver que le bien était « *bien réservé* », c'est-à-dire détruire la présomption de communauté des art. 1402 et 1499 C. Civ. : on doit dire encore que, depuis 1938, cette preuve de la provenance du bien devant toujours être administrée, la disparition de l'art. 1, al. 5 n'est pas gênante.

Que décidait la doctrine sur ce point; quelles sont ses réactions devant l'abrogation de cet alinéa ?

MM. Planiol et Ripert admettaient que la validité de l'acte (au moins s'il s'agissait d'une aliénation) était subordonnée à la preuve de la qualité du bien et M. Ripert⁷ estime que malgré l'abrogation de l'al. 5, il faut toujours que la femme détruise la présomption de communauté (ou plus exactement la présomption de pouvoirs du mari sur le bien).

(7) PLANIOL et RIPERT, t. III, n° 1.045-10^e, éd. 1938 (avec additif du 1^{er} mars 1938). Cf. ESMEIN, Sem. jur., 20 mars 1938.

Au contraire, MM. Colin et Capitant⁸ admettaient que, pour exercer valablement ses pouvoirs, la femme n'avait pas besoin de prouver l'origine du bien. Ils signalaient d'ailleurs le danger de cette solution imposée par le texte, semblait-il. En fournissant la justification prévue, la femme devenait capable d'agir et le bien était réputé bien réservé et M. Julliot de la Morandière écrit « *pour celles (des femmes) qui voudront invoquer la loi de 1907, il y aura toujours lieu de prouver qu'elles exercent une profession séparée et qu'elles font un acte portant sur un bien réservé. On se demande alors pourquoi la loi nouvelle a abrogé l'alin. 5 de l'art. 1 de la loi de 1907, alinéa prévoyant que la responsabilité du tiers qui a traité avec la femme n'est pas engagée lorsque celle-ci lui a fourni, par un moyen mentionné dans la convention, la justification qu'elle exerce une profession distincte de celle de son mari* ».

En somme, selon MM. Planiol et Ripert, pour que l'acte de la femme soit valable (au moins s'il s'agissait d'une aliénation) la femme devait prouver sa capacité (art. 1 al. 5 L. 1907) et son pouvoir (origine du bien) et les praticiens en général, se montraient assez exigeants (malgré l'irresponsabilité dont la loi les faisait bénéficier lorsqu'ils se contentaient de la justification de l'art. 5). La présomption de communauté des art. 1402 et 1449 serait, si l'on veut, à double effet : le bien serait présumé commun : de plus les pouvoirs du mari seraient présumés exister sur lui. Ici ce n'est pas à proprement parler la première présomption qu'il faudrait faire tomber, mais la seconde : il faudrait prouver que le bien tout en restant *bien commun* est *soustrait à la gestion du mari*.

Mais à propos des art. 1402 et 1499 C. Civ., nous l'avons indiqué, le point de savoir si la présomption qui en résulte a pour rôle d'empêcher la femme de disposer libre-

(8) Op. cit., t. 3, 5^e éd., p. 149. Cf. SAVATIER, op. cit., n° 28.

(9) Chr. D. H., déjà citée, p. 28.

ment de ses meubles propres, peut être désormais discuté. A plus forte raison ici, croyons-nous, il est permis de se demander si les meubles se trouvant entre les mains d'une femme mariée sont présumés « *biens non réservés* ». Il semble, au contraire, et nous nous rangeons à l'avis de MM. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, que la femme, après avoir fourni la justification prévue à l'art. 1, al. 5, était en règle avec la loi, et que les tiers n'avaient rien à craindre.

Cet alinéa a été abrogé. Pourra-t-on néanmoins considérer qu'il peut s'appliquer ? Ce ne serait peut-être pas illogique :

1) d'abord parce qu'il a été abrogé comme *texte inutile* (par erreur), mais non pas comme texte contraire à la loi nouvelle;

2) ensuite parce qu'il était *très libéral*; la preuve nécessaire et suffisante pouvait être fournie *par tout moyen*. Rien n'empêche la femme de s'y conformer malgré sa disparition et il semble que le tiers ne pourra pas être déclaré responsable si la convention fait état de la justification fournie par la femme.

Au fond, il nous semble que la règle de l'art. 1, al. 5 n'avait pas besoin d'être écrite dans une loi pour s'appliquer : elle semble, si l'on peut dire, *toute naturelle* et c'est en ce sens que l'on pourrait la qualifier d'inutile.

Quoiqu'il en soit, l'abrogation de cet alinéa n'est pas faite pour engager les praticiens à se montrer moins exigeants.

II. La seconde observation sera plus brève. Les pouvoirs du mari ne peuvent plus être réduits par décision de justice comme le prévoyait l'art. 2 de la loi, aujourd'hui abrogé. M. Esmein¹⁰ estime qu'en supprimant le droit du mari de faire prononcer le retrait total ou partiel des pouvoirs de la femme, le législateur est allé trop loin, car le mari est désarmé devant les dilapidations de sa femme (il ne peut demander la séparation de biens).

(10) V. G. P., 1938, 1, 41.

Il convient toutefois de rappeler qu'il peut invoquer les intérêts de la famille et s'opposer à l'activité professionnelle de sa femme commerçante (retrait d'autorisation) ou non commerçante (opposition de l'art. 216 C. Civ.).

Cela n'empêchera pas, il est vrai, les dilapidations des biens réservés déjà acquis; et de plus, la femme pourra s'adresser à la justice pour continuer l'exercice de sa profession.

La loi de 1938 — c'était un de ses buts ¹¹ — devait lever les obstacles qui entravaient le fonctionnement de la loi de 1907. En réalité, ces obstacles subsistent : il serait plus exact de dire : ces obstacles — provenant de la prudence des praticiens — risquent de demeurer encore. En effet, la loi nouvelle n'ayant pas modifié les pouvoirs du mari sur les biens communs, la femme devra encore faire la preuve — auprès des praticiens — que le bien dont elle veut disposer est un bien réservé. Certes, elle n'aura plus à prouver qu'elle est capable parce qu'exerçant une profession séparée; mais elle devra encore prouver l'origine du bien. Certains auteurs et les praticiens exigeaient cette preuve avant 1938 : ils l'exigeront d'autant plus depuis 1938, depuis qu'il n'est plus dit dans la loi que leur responsabilité est dégagée lorsqu'ils ont reçu la justification de l'exercice par la femme d'une profession séparée.

Quelle est la position des praticiens en face de la loi nouvelle ? C'est par ce très bref aperçu que nous *terminons ce chapitre* : puis nous essayerons de conclure.

Il fallait bien s'attendre à rencontrer de la résistance, de la méfiance auprès des praticiens. D'une façon générale, des conseils dans ce sens leur sont donnés par leurs conseillers habituels.

En ce qui concerne le changement de jurisprudence pour l'interprétation de l'art. 1449 al. 2 C. Civ., « *les notaires devront se montrer très prudents et exiger l'auto-*

(11) Cf. Ch. Prél., Section I, § 2.

*risation maritale comme si la loi du 18 février 1938 n'existait pas... »*¹².

On lit encore dans le Répertoire du Notariat¹³ : la loi n'a pas précisé les actes que la femme pouvait désormais faire seule; « *dans cette incertitude, ce serait la solution prudente qui devrait être suivie et le concours du mari devrait être demandé, ce qui paraît devoir être le cas le plus habituel* ».

Il semble d'autre part que la loi nouvelle n'apportera pas de changement notable en ce qui concerne les Compagnies d'Assurances et les Caisses d'Epargne¹⁴.

Le plus souvent on fait valoir, — et c'est exact — que la réforme ne fera sentir ses effets bienfaisants que s'il est procédé à la refonte des régimes matrimoniaux. Cette refonte est en projet. Est-ce à dire qu'en attendant sa réalisation, les praticiens ne devraient pas se montrer plus larges pour traiter avec les femmes, spécialement les femmes séparées de biens et les femmes exerçant une profession séparée ? Sans doute, certains établissements, sans attendre les décisions des Tribunaux ont servi d'intermédiaires à des femmes séparées de biens qui voulaient vendre des valeurs mobilières, pour ne citer que cet exemple.

Il n'est sûrement pas exact de dire — ce serait un procédé par trop simpliste — que la loi du 18 février 1938 est lettre morte. Essayons de porter sur elle un jugement de valeur.

(12) Journ. des not., 20 avril 1938, p. 359.

(13) 15 avril 1938, 2^e partie, n° 11, p. 89.

(14) V. Rapp. Conférence des Caisses d'Epargne du Centre-Est, séance du 26 juin 1938 p. 74 et s.

CONCLUSION

La loi du 18 février 1938 a soulevé de nombreuses critiques : nous leur avons fait une large place au cours de notre étude; il nous reste à porter sur elle un jugement d'ensemble et, pour le faire, nous croyons pouvoir fixer ses traits principaux dans quatre propositions.

I. — ELLE A SUPPRIMÉ LA PUISSANCE MARITALE.

Et sur ce point, on est en général d'accord pour l'approuver. L'abrogation de l'art. 213 C. Civ. a été favorablement accueillie. C'était une disposition archaïque, un vestige du passé. Certes, les mœurs avaient sans doute devancé le droit positif et, à ce titre, M. Savatier a pu signaler le caractère « *spectaculaire* »¹ de la réforme. Mais si l'art. 213 C. Civ. était tombé en désuétude avant que d'être abrogé, il pouvait néanmoins servir les desseins de maris despotiques; de plus, ses termes mêmes étaient blessants pour la femme. Aujourd'hui, il n'est plus dit dans nos lois : « la femme doit obéissance à son mari et le mari protection à sa femme ». Il n'y a plus d'obligation juridique sur ce point et « *chaque ménage* (comme le dit M. Savatier, p. 225) *établit librement l'équilibre d'autorité qu'il veut bien* ».

Au surplus, ce n'est pas la qualité de chef de la famille qui mettra obstacle à ce libre choix : elle n'a qu'une valeur morale; certes, on peut admettre, comme le fait M. Rouast² que dans les affaires du ménage, « *la prépon-*

(1) Op. cit., Rev. Crit. 1936, p. 206.

(2) « Chronique Sociale de France », octobre 1938, p. 672.

dérance du mari s'impose en cas de désaccord » ; mais si la femme ne se soumet pas à l'ordre de son mari, il est devenu difficile — pour ne pas dire impossible — de sanctionner sa désobéissance.

II. — ELLE A MODIFIÉ CERTAINS PRÉROGATIVES DU MARI.

Les époux ne sont pas égaux dans le ménage. Le mari conserve la plupart de ses prérogatives. Mais les deux plus importantes sont réorganisées : l'exercice des droits du mari a lieu sous le contrôle permanent de la justice : la femme peut s'adresser aux Tribunaux en cas d'abus.

C'est plutôt l'organisation des procédures nouvelles que l'on a critiquée, et il est vrai qu'elle n'est peut-être pas au point. Mais contre le principe même de l'intervention des Magistrats, on n'a presque rien dit. C'est une garantie certaine et efficace pour la femme contre les fantaisies et les caprices de son mari. M. Bonnet, après avoir signalé « *la portée révolutionnaire de la loi* », paraît déplorer ces recours de la femme : « *en réalité, la puissance maritale a fait place à une conception étatique de la famille, se traduisant par l'intervention constante de la justice* » ³. Il nous paraît exagéré de parler ici de « *conception étatique* » de la famille ; il ne faut pas oublier que la justice n'intervient que sur le recours de la femme. Peut-être serait-il préférable d'estimer, comme le fait M. Rouast ⁴, que la famille tend à se constituer comme une petite société avec un chef ayant des pouvoirs limités et soumis à un contrôle.

III. — ELLE A PROCLAMÉ LE PRINCIPE DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE.

Et cette réforme, en elle-même, a été approuvée. Il

(3) « Une ère nouvelle dans la structure de la vie de famille ». Rev. Gén. du Droit, 1938, 1^{er} trim., p. 5.

(4) Op. cit., ci-dessus note (2).

était quelque peu choquant de voir la Femme Française traitée, au point de vue du droit civil, en incapable.

Pour que cette situation cessât, il fallait que deux conditions fussent réalisées : il fallait :

1° Dispenser la femme de la nécessité de l'autorisation maritale ou de justice pour agir valablement ; celle-ci est remplie, sauf exceptions.

2° Lui rendre la possibilité d'exercer pratiquement cette capacité, c'est-à-dire réformer les textes organisant les divers régimes matrimoniaux. Cette condition sera remplie lorsque le projet de loi, déposé au Sénat, aura été voté.

IV. — ELLE N'A PAS MODIFIÉ LE TITRE V DU LIVRE III DU CODE CIVIL.

C'est là que les plus vives critiques lui ont été adressées.

Elle « manque d'équilibre » ⁵ ; elle proclame un « principe théorique » ⁶ ; c'est un « trompe-l'œil » ⁷ ; une « réforme surtout théorique » ⁸.

M. Esmein ⁹ a fait remarquer que les critiques, sur ce point, se divisaient en deux catégories.

1) On peut d'abord reprocher au législateur, puisqu'il reconnaissait la capacité de la femme, de n'avoir pas modifié, au titre V du Livre III, *les textes de capacité*.

2) On peut ensuite désapprouver la scission du premier projet Renoult : on peut regretter que la femme n'ait pas reçu, en même temps que la capacité, les *pouvoirs* nécessaires à son exercice.

En effet, le titre V contient à la fois des textes de capacité (p. ex. art. 1449, 1538, 1576) et des textes de pouvoirs (p. ex. art. 1421, 1422, 1428). Etant donné l'art. 215 nouveau, tous les textes de capacité devaient être modifiés obligatoirement. Au contraire les textes de pouvoirs

(5) SAVATIER : « Les lois nouvelles », 1938, 1^{re} p., n° 3.

(6) Rep. not., 15 avril 1938, p. 88.

(7) MAGUET, op. cit., p. 369.

(8) VOIRIN : Rev. trim. de droit civil, 1938, p. 345.

(9) Sem. jur., 20 mars 1938, n° 20 et s.

étaient susceptibles d'être provisoirement maintenus. Il y avait des *inconvenients*, mais la situation n'était pas *illogique* : on peut très bien être titulaire d'un droit et ne pas pouvoir l'exercer.

Dès lors, selon nous, ce que l'on doit critiquer le plus dans la loi de 1938, ce n'est pas d'avoir laissé au mari les pouvoirs que lui donnait le Code sur les biens de sa femme (car les époux sont toujours libres de faire un contrat de mariage dérogeant au droit commun), c'est d'avoir laissé la femme demi-capable, même lorsqu'elle a choisi le régime le plus libéral.

Est-ce à dire, du reste, que ce défaut de la loi crée une situation *vraiment incohérente* comme on le dit souvent ? Certes, la femme séparée de biens ne peut pas aliéner ses immeubles, mais pratiquement, nous l'avons vu, la femme commune et même le mari en sont à peu près au même point, et taxer la loi de 1938 d'incohérence paraît au moins exagéré.

Au surplus, il ne faut pas chercher dans ses dispositions une *réglementation générale et définitive de la condition de la femme mariée*. Elle a proclamé un principe; elle aurait dû, sans doute, l'appliquer; mais n'oublions pas qu'une seconde réforme est amorcée; la refonte du titre V du Livre III du Code Civil, fait l'objet d'un rapport déposé sur le bureau du Sénat; elle sera la mise en œuvre de ce principe nouveau.

Pour que la condition de la femme mariée fût rendue réellement meilleure, deux conditions, nous l'avons dit, étaient nécessaires : peut-être le législateur aurait-il pu les réaliser en une seule fois; il a préféré procéder en deux étapes : la première est franchie.

Vu le 5 janvier 1939.

Vu : *Le Doyen*,
G. RIPERT.

Le Président de Thèse,
L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE.

Vu et Permis d'Imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
C. ROUSSY.

ABREVIATIONS USUELLES

Cass. Civ. — *Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre Civile.*

Cass. Req. — *Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre des Requêtes.*

C. Civ. — *Code Civil.*

C. Com. — *Code de Commerce.*

C. Pr. Civ. — *Code de Procédure Civile.*

D. H. — *Recueil hebdomadaire Dalloz.*

D. ou D. P. — *Recueil périodique Dalloz.*

G. P. — *Gazette du Palais (Journal Quotidien ou Recueil Mensuel).*

G. T. — *Gazette des Tribunaux.*

J. O. — *Journal Officiel, édition des Lois et Décrets.*

J. O. D. P. — *Journal Officiel, édition des Débats Parlementaires.*

J. O. Doc. Parl. — *Journal Officiel, Documents Parlementaires.*

S. — *Sirey, Recueil d'arrêts.*

BIBLIOGRAPHIE

A. — OUVRAGES GENERAUX

- ANCEL. — *Annales de l'Institut de Droit Comparé*, 1934, p. 145 et s.
——— *La condition de la femme mariée dans la Société contemporaine*, 1938.
BINET. — *La femme dans le ménage*, Thèse Nancy, 1901.
BONNECASE. — *Précis de Droit Civil*, tome I.
COLIN, CAPITANT et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *Cours élémentaire de Droit Civil Français*, 8^e édition, 1934.
COLLINET et GIFFARD. — *Précis de Droit Romain*, 3^e édition.
ESCARRA. — *Principes de Droit Commercial*, t. I., éd. 1934.
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *Cours de Droit Civil polycopié*, 1930-1931.
LACOUR et BOUTERON. — *Précis de Droit Commercial*, t. I, 2^e éd.
LECOMTE. — *Le mandat domestique de la femme mariée*, étude dans la *Revue Critique*, 1937, pp. 263 à 339 et 429 à 534.
LEMERLE. — *Les origines de l'autorité maritale sur la personne de sa femme*, Thèse Reims, 1909.
NILIUS (Mlle). — *Capacité et pouvoir de la femme en Allemagne et en France*, Thèse Paris 1937.
PLANIOI et RIPERT. — *Traité pratique de Droit Civil Français*.
——— *Traité élémentaire de Droit Civil*.

B. — OUVRAGES SPECIAUX

- ANCEL. — *Traité de la Capacité Civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938*, Sirey, 1938.
BONNECASE. — *Mariage et Régimes matrimoniaux*, Arthur Rousseau, 1938.
GRINBERG et SIMON (Mlles). — *Les droits nouveaux de la femme mariée*, 1938.

C. — COMMENTAIRES DE LA LOI
(OU DU PROJET DE LOI)

- B.... — *Semaine juridique*, 26 juin 1938.
- BONNECASE. — *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1938, 1^{er} trimestre, p. 5 et s.
- CAPITANT. — *Dalloz hebdomadaire*, 1932, ch. p. 97 et s.
- DEPRÉNOIS. — *Répertoire général pratique du Notariat et de l'Enregistrement*, 1938, 2^e partie, pp. 82 et s., 112 et s.
- DELACHENAL. — *Gazette des Tribunaux*, 20-21 mars 1938.
- ESMEIN. — *Semaine juridique*, 20 mars 1938, p. 55.
— *Gazette du Palais*, 7 mars 1938 et 1938-1-39 et s.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *Dalloz hebdomadaire*, 1938, chr. p. 25 et s.
- LABORDE-LACOSTE. — *Semaine juridique*, 13-20 août 1937, p. 30 et s.
- LA ROCHEFOUCAULT (DUCHESSÉ DE). — *Revue de Paris*, 15 mars 1937.
- MAGUET. — *Journal des Notaires*, 20 avril 1938, p. 353 et s.
- MICHAUD. — *Journal des Juges de Paix*, 1938, p. 162 et s.
- NAST. — *Répertoire Général Pratique du Notariat et de l'Enregistrement*, 1934, articles 23.701 et 23.719.
— *Dalloz hebdomadaire*, 1938, chr. p. 37 et s.
- PONELLE. — *Gazette du Palais*, 30 juin 1938 et 1938, 2^e sem., doc. p. 5 et s.
- ROUAST. — *Bulletins de la Société d'Etudes Législatives*, 1934 (p. 81 et s.) et 1935 (pp. 30 et s., 55 et s.).
— *Chronique Sociale de France*, Octobre 1938.
- SAVATIER. — *Revue critique*, 1936, p. 206 et s.
— *Les lois nouvelles*, 1938, 1^{re} partie, p. 50 et s.
- VOIRIN. — *Dalloz hebdomadaire*, 19 juillet 1934.
— *Revue trimestrielle de droit civil*, 1937, pp. 207 et s., 519 et s.; 1938, p. 341 et s.
- X.... — *Les lois nouvelles*, 5 mars 1938, note (3), p. 286 et s.
- X.... — *Sirey*, 1938, 1, 724, note 3.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5
CHAPITRE PRELIMINAIRE.	
SECTION I. — <i>Aperçu historique; Motifs et Méthode de la réforme.</i>	
§ 1. Aperçu historique de la réforme	7
§ 2. Les motifs de la réforme	10
§ 3. La méthode de la réforme	16
SECTION II. — <i>Aspect principal de la réforme</i>	18
CHAPITRE PREMIER. — La suppression de la puissance maritale	23
SECTION I. — <i>L'abolition du devoir général d'obéissance; la qualité de chef de la famille</i>	27
§ 1. Les conséquences du devoir général d'obéissance qui ont disparu	27
§ 2. La qualité de chef de la famille	39
SECTION II. — <i>Le choix par le mari de la résidence du ménage</i>	51
§ 1. Le choix par le mari de la résidence du ménage avant la loi du 18 février 1938 ...	52
§ 2. Le choix, par le mari, de la résidence du ménage depuis la loi du 18 février 1938 ..	54
SECTION III. — <i>L'opposition du mari à l'exercice par la femme d'une profession séparée</i>	62

	Pages
§ 1. A quel genre de professions s'applique l'art. 216 C. Civ.	68
§ 2. L'opposition du mari est-elle recevable seulement contre le choix d'une profession nouvelle ?	77
§ 3. L'opposition du mari; le recours de la femme; la sanction de l'art. 216 C. Civ. ..	86
SECTION IV. — <i>L'obligation d'entretien à la charge du mari</i>	96
§ 1. L'obligation de chacun des époux	97
§ 2. La procédure d'exécution forcée	103
§ 3. La théorie jurisprudentielle du mandat domestique (procédé normal d'exécution) ...	107
CHAPITRE II. — La capacité de la femme mariée et ses limites	123
SECTION I. — <i>Les cas d'incapacité de la femme, abstraction faite de son régime matrimonial</i>	125
§ 1. La capacité est la règle, l'incapacité est l'exception	126
§ 2. L'autorisation de justice. Sanction du défaut d'autorisation	143
SECTION II. — <i>Pouvoirs et Capacité de la femme sous les régimes de séparation de biens</i>	157
§ 1. Pouvoirs de la femme dotale sur les biens dotaux	159
§ 2. Capacité de la femme sous les régimes de séparation	167
§ 3. Capacité de la femme séparée de corps ..	182
SECTION III. — <i>Pouvoirs et capacité de la femme sous les régimes communautaires</i>	186
§ 1. Les pouvoirs de la femme sur la communauté	187

	Pages
§ 2. Les pouvoirs de la femme sur ses biens propres	196
§ 3. Capacité de la femme commune en biens.	203
SECTION IV. — <i>Pouvoirs de la femme sur ses biens ré-</i> <i>servés. Capacité de la femme exerçant une profes-</i> <i>sion séparée</i>	210
§ 1. Pouvoirs de la femme sur ses biens ré- servés	212
§ 2. Capacité de la femme exerçant une pro- fession séparée	217
CONCLUSION	223
ABREVIATIONS USUELLES	227
BIBLIOGRAPHIE	228

